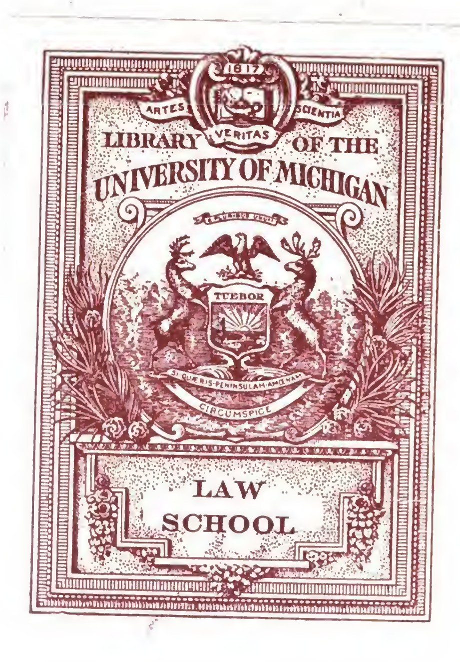



1817
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
SI QUÆRIS PENINSULAM AMŒNAM
CIRCUMSPICE
LAW
SCHOOL



Württembergisches Archiv

für

Recht und Rechtsverwaltung

mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben

von

Dr. F. Ph. F. Kübel,
Oberjustizrath,

und

Dr. E. O. C. Sarwey,
Rechtskonsulent.

Zweiter Band.

Stuttgart, 1859.

Druck und Verlag von Chr. Fr. Cotta's Erben.

In Kommission bei **H. Lindemann.**

II. Fragmente.

III. Literarische Mittheilungen.

Württembergisches Archiv
für
Recht und Rechtsverwaltung
mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben von Dr. **F. Ph. F. Kübel**, Oberjustizrath
und Dr. **E. O. C. Sarwey**, Rechtskonsulent.

Zweiter Band.

Erste Abtheilung.

Vorwort.

Die Fortsetzung eines Unternehmens, welches in den maßgebenden Kreisen als ein Bedürfniß anerkannt ist, bedarf der Rechtfertigung nicht. Der zu frühe verewigte Begründer der Zeitschrift hat sich durch deren Herausgabe ein unbestrittenes Verdienst um die Rechtspflege, insbesondere in Württemberg, erworben, und die neue Redaktion wird sich bestreben, durch eine sorgfältige und plangemäße Fortführung des württ. Archivs den Namen ihres Begründers zu ehren. Der Gegenstand, die Einrichtung und die Bestimmung des Archivs wird keine Aenderung erleiden, und dasselbe daher auch fernerhin über das ganze Gebiet der Civil-, Kriminal- und Administrativrechtspflege, einschließlich der freiwilligen Gerichtsbar-

keit, sich erstrecken, seine Bestimmung aber vorzugsweise darin bestehen, dem praktischen Bedürfnisse entgegenzukommen, und durch systematisch bearbeitete und wissenschaftlich gestützte Mittheilungen aus der Praxis der höchsten Gerichts- und Administrativstellen sowohl zur Hebung und Belebung eines wissenschaftlichen Strebens der Praktiker, als auch zur Erzielung eines gleichförmigen Rechtsprechens beizutragen.

Daß die Bekanntschaft mit den Ergebnissen der Rechtsanwendung für Richter und Rechtsanwälte von großem Werth ist, steht außer Frage, und es fehlt auch nicht an zahlreichen Sammlungen, welche dazu bestimmt sind, die Resultate der Praxis zum Gemeingut zu machen. So verdienstvoll jedoch solche Werke sind, wenn die Rechtssprüche mit der erforderlichen Umsicht ausgewählt, geordnet und gesichtet werden, so nachtheilig können dieselben im anderen Falle wirken. Der Zweck und die Aufgabe eines Urtheilsspruchs ist die Entscheidung einer bestimmten Rechtssache, und die Begründung des Spruchs erfolgt daher auch mit Rücksicht auf die Besonderheiten des zur Entscheidung vorliegenden Rechtsfalls. Werden nun solche concrete Aussprüche auf andere Fälle angewendet, so wird dieß häufig eine genauere Kenntniß der thatsächlichen Verhältnisse des früher entschiedenen Falls voraussetzen. Denn es kann ein Satz mit Bezug auf die besonderen Umstände eines Falls unbedenklich erscheinen, welcher abstrakt hingestellt für unrichtig erklärt werden müßte. Sodann läßt sich nicht läugnen, daß manche Urtheilssprüche erfolgen, welche schon an sich oder doch bezüglich ihrer Begründung den entschiedensten Bedenken Raum geben. Aussprüche dieser Art sind für die Oeffentlichkeit nicht geeignet. Zwar hat ein ausgezeichneter Praktiker geltend gemacht, gaß auch deren Mittheilung anregend wirken und auf diese Weise zur Wahrheit führen könne. Allein die

Mehrzahl der Praktiker sucht in solchen Sammlungen keine Vermehrung ihrer Zweifel, sondern eine Beseitigung derselben, und nicht bloß Unerfahrenheit und Bequemlichkeit, sondern auch Geschäftsüberbürdung wird manchen Richter und Anwalt nach dem Ausspruche eines höheren Gerichts, als einer Autorität, in der Ueberzeugung greifen lassen, daß die Veröffentlichung nicht erfolgt wäre, wenn der Ausspruch bedenklich geschienen hätte. Freilich sollen solche Mittheilungen den Gerichten überhaupt nicht als Autoritäten gelten, welche keiner weiteren Prüfung bedürfen, und hierin liegt die Gefahr von Präjudiziensammlungen überhaupt. Würden dieselben regelmäßig dazu benützt, ohne eigene Prüfung Gesetzen gleich befolgt zu werden, so wäre dieß ein bedauerliches Verkennen ihres Zweckes und ihrer Bestimmung, welche vielmehr darin besteht, eine allseitige Prüfung und einen Austausch der verschiedenen Ansichten hervorzurufen, und auf diese Weise die Grundlage für eine gemeinsame Rechtsüberzeugung zu bilden. Zu diesem Behufe kann aber die Praxis der Theorie nicht entbehren. Wie diese ihren Beruf verkennt, wenn sie sich außer Verbindung mit den zu ihrer Erfrischung und Bereicherung so nothwendigen Erfahrungen setzt, welche aus der Anwendung des Rechts gewonnen werden, so nöthig ist es umgekehrt für die Praxis, in stetem Verkehr mit der Theorie zu bleiben, und erst wenn an ihrer Hand die Ergebnisse der Rechtsanwendung geprüft und verarbeitet worden, wird auch der Praktiker den vollen Gewinn aus denselben ziehen können. Dem Gedanken, in dem Archiv die von der Praxis gewonnenen Resultate einer systematischen, wissenschaftlichen Bearbeitung zu unterziehen, wird daher die innere Berechtigung nicht abgesprochen werden können. Es sollen zu diesem Behufe die da und dort zerstreuten und mehr oder weniger aus einander

gehenden oder zusammenstimmenden Aussprüche der Praxis über einzelne Lehren oder Rechtsfragen in selbstständiger Ausführung zusammengestellt und wissenschaftlich beleuchtet und hiemit dem Praktiker einer Seits ein hinreichendes Material zur eigenen Prüfung geboten, anderer Seits aber auch auf die Erzielung einer Uebereinstimmung hingearbeitet werden. Im Hinblick auf letzteren Zweck werden vorzugsweise die Aussprüche der obersten Civil- und Administrativjustizbehörden Berücksichtigung finden. Denn so wenig davon die Rede seyn kann, daß die Untergerichte den Ansichten eines Obergerichts unbedingt sich fügen sollen, und so gewiß es sogar in ihrer Pflicht liegt, der Ansicht des Obergerichts entgegen zu treten, wenn solche nach gewissenhafter Prüfung als unrichtig sich erwiesen, so werden dieß doch die selteneren Fälle seyn, und findet ein Untergericht nach vorangegangener eigener Prüfung die Ansicht des höchsten Gerichts nicht geradezu unrichtig, so wird dasselbe in der Regel im Interesse der Herbeiführung eines gleichförmigen Rechtsprechens und der hiedurch bedingten Rechtssicherheit der Ansicht des höheren Gesichts sich anzuschließen allen Anlaß haben, wenn diese Ansicht dem Untergericht auch nicht über allen Zweifel erhaben scheinen sollte. Denn wenn die Zustimmung zu einer Ansicht die Entfernung aller Zweifel voraussetzen würde, so müßte die Erzielung einer gleichförmigen Praxis wohl stets ein frommer Wunsch bleiben, während es bei manchen Rechtsfragen nicht so sehr darauf ankommt, wie ihre Entscheidung am Ende ausfällt, als es im Interesse der allgemeinen Rechtssicherheit liegt, daß sie gleichförmig entschieden werden. Es werden deßhalb auch die obersten Gerichte selbst vor einem häufigen Wechsel der von denselben vertretenen Ansichten sich zu hüten haben, und eine feststehende Thesis nur, wo überwiegende Gründe dafür

sprechen, verlassen. Wo aber solche Gründe obwalten, ist es auf der andern Seite ebenso sehr die Pflicht des Gerichts, seine als unhaltbar erkannte Thesis aufzugeben, und der besseren Ueberzeugung sich nicht zu verschließen. Eine Verknöcherung der Praxis wäre so sehr zu beklagen, als ein zu häufiger Wechsel derselben; denn die Gewohnheiten, Anschauungen und Bedürfnisse verändern sich, die Wissenschaft schreitet vorwärts, auch die Praxis kann daher nicht stehen bleiben.

Dieselbe hat ihre Grundlage in den bestehenden Gesetzen; gar häufig wird sie jedoch in der Lage seyn, Mängel derselben erkennen zu lassen oder ihre Lücken zu ergänzen, und dadurch einer fortschreitenden Gesetzgebung den Weg zu bahnen. So weit hienach Erfahrungen der Praxis Motive für eine neue Gesetzgebung bieten, und letztere als ein wirkliches Bedürfniß erkennen lassen, wird daher auch das Archiv die hierauf bezüglichen Fragen in den Kreis seiner Aufgabe ziehen.

Eine regelmäßige Behandlung soll nach dem, von dem verewigten Begründer des Archivs festgestellten Plane insbesondere auch der Administrativjustiz zu Theil werden. Dieser wichtige Theil der Rechtspflege verdankt seine bisherige Ausbildung zum großen Theile der Praxis, und deren Ergebnisse sollen daher im Archiv zusammengestellt und wissenschaftlich beleuchtet werden. Von besonderer Bedeutung sind in dieser Beziehung die Entscheidungen und Aussprüche des K. Geheimenraths, und es ist daher die Redaktion zu besonderem Danke verpflichtet, daß ihr die Benützung der Akten dieses hohen Kollegiums gestattet worden ist. Besonderer Bedacht wird auf die Frage von der Begränzung der Civil- und Administrativjustiz genommen werden.

Von vielen Seiten sind der Redaktion bereits werthvolle

Zusagen einer kräftigen Unterstützung zugegangen; daß diese, hiemit freundlichst erbetene Unterstützung eine möglichst vielseitige werde, bildet die Bedingung für einen weiteren Aufschwung und günstigen Fortgang des Unternehmens.

Beiträge können an das Verlagscomptoir oder einen der Herausgeber eingesendet werden.

Stuttgart, im April 1858.

Die Redaktion.

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

1) Zur Lehre von der kirchlichen Baulast, unter Vorausschickung der Grundsätze über die Competenz bei Baulaststreitigkeiten.

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

Nicht leicht wohl wird in einer Lehre so sehr, als in der Lehre von der kirchlichen Baulast, die Bekanntschaft mit der Praxis als ein wirkliches Bedürfniß anzuerkennen seyn sofern man in dieser Lehre da, wo, wie in Württemberg, das gemeine Recht gilt und Partikulargesetze die Baulastfrage nicht geregelt haben, auf schwankendem Boden steht, und meist nur in den durch die Praxis allmälig festgestellten Grundsätzen eine sichere Stütze findet. Diesem Bedürfnisse wünscht der Verfasser, welcher aus Anlaß und zum Zwecke seiner Berufsarbeiten die Entscheidungen des Obertribunals in Streitigkeiten über Kirchen-, Pfarr- und Schulhausbaulast gesammelt hat, durch Mittheilungen aus dieser Sammlnug entgegenzukommen. Das über die Competenzfrage Vorausgeschickte dürfte übrigens auch über die Grenzen des unmittelbaren Gegenstandes dieser Mittheilungen hinaus nicht ohne Interesse seyn.

I. Die Competenz der Civil- und Verwaltungsjustizbehörden bei Baulaststreitigkeiten.

A. Bei Streitigkeiten über die Verbindlichkeit selbst.

Wie schwierig es ist, das den Gerichten zukommende Gebiet von demjenigen der Verwaltungsjustiz durch Aufstellung von allgemeinen Grundsätzen fest abzugrenzen, zeigt

sich insbesondere dann, wenn es sich von der Anwendung solcher Sätze auf den einzelnen Fall handelt. Von besonderer Wichtigkeit erscheinen daher anerkanntermaßen [1] die Aussprüche und Entscheidungen der obersten Gerichte [2] und Verwaltungsbehörden in einzelnen Fällen, in welchen die Competenzfrage streitig oder zweifelhaft war. Solche Aussprüche des Obertribunals sollen hier zusammengestellt werden, nach dem Zwecke des Aufsatzes zwar zunächst nur in Beziehung auf Baulaststreitigkeiten, jedoch mit Anknüpfung an die, freilich hier nur anzudeutenden allgemeinen Grundsätze.

1) Die Aufgabe der Civil- und der Verwaltungsjustiz trifft darin zusammen, daß sie auf Entscheidung von Streitigkeiten über Rechte und Verbindlichkeiten gerichtet ist. Ein wesentlicher Unterschied ihrer beiderseitigen Aufgabe liegt in der Natur und dem Grunde des streitigen Rechts oder der streitigen Verbindlichkeit. Zur gerichtlichen Competenz gehören nach den in Württemberg angenommenen Grundsätzen nur Streitigkeiten über solche Rechte und Verbindlichkeiten, welche auf einen besondern privatrechtlichen Titel gestützt werden, [3] während für Streitigkeiten, die sich auf dem Boden des öffentlichen Rechts bewegen, die Zuständigkeit der Verwaltungsjustizbehörden begründet ist. [4] In Fällen, wo überhaupt

---

[1] Mittermaier im Archiv für civ. Praxis. Bd. 22. S. 47.

[2] Vrgl. z. B. Pfeiffer, prakt. Ausführgn. Bd. 5. S. 201—520. Seuffert, Archiv. Bd. 1. Nr. 105. 106. 360. Bd. 2. Nr. 205. Bd. 3. Nr. 371. Bd. 4. Nr. 81. 82. 250. 251. Bd. 5. Nr. 61. 282. 309. Bd. 6. Nr. 252. 253. Bd. 7. Nr. 357. Bd. 8. Nr. 162. 163. Bd. 9. Nr. 74. 211. 212. 285. Bd. 10. Nr. 208. Bd. 11. Nr. 95. 96. 97. 182. 296. 297.

[3] Seuffert, Archiv. Bd. 4. Nr. 251. Bd. 9. Nr. 211. Bd. 11. Nr. 96. Reinhardt, Commentar. Bd. 4. S. 368—370. Sarwey, Civilpracticum, Einleitung. S. 61. Weiler, Verwaltung u. Justiz. §. 16 u. 21 ff. — Von einer Erörterung der Streitfrage über die Grenzen der Civil- und Administrativjustiz kann hier, wo es sich nur um Zusammenstellung der in dieser Beziehung in Württemberg angenommenen Grundsätze handelt, keine Rede seyn.

[4] Weiler a. a. O. §. 31. 44.

nur der eine oder der andere Gesichtspunkt in Frage kommen kann, wird die Anwendung dieses Satzes in der Regel weniger Anstand finden, die meisten Zweifel entstehen, wenn es sich um Verhältnisse des öffentlichen Rechts handelt, welche zugleich eine privatrechtliche Seite darbieten. Zu den Gegenständen des öffentlichen Rechts gehört auch das Kirchen= und Schulwesen, und daß die Kirchen=, Pfarr= und Schulgebäude in zweckentsprechender Weise hergestellt und erhalten, auch die erforderlichen Geistlichen und Lehrer angestellt werden, liegt im öffentlichen Interesse. Die Verbindlichkeit zu Tragung der Baukosten, sowie der Besoldungen von Geistlichen und Lehrern beruht häufig auf privatrechtlichen Gründen, und ein Streit in dieser Richtung gehört daher dem Privatrechtsgebiete an; doch können auch hiebei wieder öffentlich rechtliche Fragen zur Sprache kommen, so daß ein und derselbe Streit in beiden Gebieten sich bewegen kann.[5]

2) Bei Bestimmung der Competenz kommt es vor Allem auf die Art der Klagbegründung an. Wenn und so=

---

[5] Daß Streitigkeiten über die Baulast an Kirchen, Pfarr= und Schulhäusern, wenn dieselbe auf einen privatrechtlichen Titel gegründet wird, zur Competenz der Civilgerichte gehören, ist längst anerkannt. Die Bestimmung des V. Org.=Edicts vom 18. Nov. 1817, Nr. 1, §. 39 c. und der Instr. für die Kreisregierungen v. 21. Dez. 1819, §. 16, wodurch die Streitigkeiten über die Kirchen=, Pfarr= und Schulgebäude, über die Baulast, sowie über Pfarr= und Schulgründe und andere Besoldungstheile der Geistlichen und Schullehrer den Kreisregierungen zur Entscheidung zugewiesen wurden, konnte Zweifel erregen. Es haben sich jedoch die Ministerien des Innern und der Justiz am 4. und 12. Juni 1821, in Uebereinstimmung mit einem von dem Obertrib. am 10. März 1820 erstatteten Gutachten, dahin ausgesprochen, daß durch die erwähnten Bestimmungen an der bis dahin bestandenen Gesetzgebung in Absicht auf die Competenz der Gerichts= und Regierungsstellen nichts abgeändert worden, somit beiderlei Behörden nach wie vor je in ihrem Kreise zur Entscheidung zuständig seyen, und dasselbe ist auch in dem Erlasse des K. Ministerium des Innern und des Kirchen= und Schulwesens vom 3. Febr. 1825 anerkannt worden.

weit ein Anspruch auf privatrechtliche Gründe gestützt wird, sind die Gerichte, soweit er im öffentlichen Rechte begründet ist, die Verwaltungsjustizbehörden zur Entscheidung zuständig.[6]

3) Kommen bei einem privatrechtlichen Anspruch auch öffentlich rechtliche Streitpunkte zur Sprache und umgekehrt, so sind die beiderlei Streitpunkte zu trennen, und es erkennen die Gerichte und die Verwaltungsbehörden unabhängig von einander, je in ihrem eigenen Kreise; das Gericht entscheidet, soweit es sich um Rechte und Verbindlichkeiten handelt, welche auf privatrechtlichen Titeln beruhen, die Verwaltungsbehörde erledigt die Sache, soweit sie polizeilicher Natur ist und den Grundsätzen des öffentlichen Rechts unterliegt.[7] Von diesem Satze ist das Obertribunal schon in einem am 20. März 1820 an das Justizministerium erstatteten Gutachten über die Erklärung des §. 39 des V. Org.-Edikts vom 18. Nov. 1817 ausgegangen, indem dort gesagt ist, daß wenn beiderlei Verhältnisse, ein staatsrechtliches und ein privatrechtliches, bei einem und ebendemselben Gegenstande konkurriren, beiderlei Gewalten, die staatsrechtliche und die privatrechtliche, oder mit andern Worten die Regierungs- und die richterliche Gewalt thätig seyn müssen, daß aber jede dieser beiden Gewalten nur in ihrem Fache Wirksamkeit äußern könne. Wird sonach z. B. in einem die privatrechtliche Verbindlichkeit zu Tragung der Kosten eines Kirchen- oder Schulhausbau's betreffenden Rechtsstreit auch die Nothwendigkeit der in Frage stehenden baulichen Einrichtung bestritten, so hat über diesen nach Verwaltungsnormen zu entscheidenden, dem öffentlichen Recht angehörenden Streitpunkt die Verwaltungsbehörde zu erkennen, während der Hauptstreit über die Verbindlichkeit zu Tragung der nothwendigen Kosten zur Competenz der Gerichte gehört.

4) Die Zuständigkeit der Gerichte wird jedoch nicht

---

[6] Seuffert a. a. O. Bd. 4. Nr. 151.

[7] Seuffert a. a. O. Bd. 8. Nr. 163. Bd. 9. Nr. 285. Bd. 10. Nr. 208. Bd. 11. Nr. 97. Sarwey a. a. O. S. 64 ff. Weiler a. a. O. §. 24. 26.

schon durch die Behauptung begründet, daß der angebliche Grund des streitigen Anspruchs privatrechtlicher Natur sey, es muß die Behauptung eines privatrechtlichen Titels auch thatsächlich begründet seyn und der Anspruch nach dieser thatsächlichen Begründung und bei Unterstellung der Wahrheit des Klagvorbringens wirklich als ein privatrechtlicher sich darstellen. Denn wo aus dem thatsächlichen Vorbringen der klägerischen Partei sich ergibt, daß dasjenige, was als privatrechtlicher Titel geltend gemacht wird, in Wirklichkeit dem öffentlichen Rechte angehört, sind zur Entscheidung nicht die Gerichte, sondern nur die Verwaltungsbehörden zuständig, da in diesem Fall ein privatrechtlicher Anspruch gar nicht vorliegt.[8] Beispiele hiezu liefern die unter Ziffer 6 bis 9 mitgetheilten Fälle. Uebrigens ist eine Klage von den Gerichten nicht nur dann wegen Unzuständigkeit zurückzuweisen, wenn das Klagvorbringen die positive Gewißheit liefert, daß der Anspruch nicht privatrechtlicher Natur ist, sondern es wird eine solche Zurückweisung schon dann zu erfolgen haben, wenn die thatsächliche Unterlage des Anspruchs auch nur ungewiß läßt, ob dieser dem Privatrechtsgebiete angehört. Denn die Zuständigkeit des Richters muß vorher feststehen, ehe er eine materielle Verfügung treffen kann, die klagende Partei ist daher schuldig, ihren Anspruch in der Weise thatsächlich zu begründen, daß der Richter in den Stand gesetzt ist, zu beurtheilen, ob der Anspruch, das Klagvorbringen als wahr unterstellt, ein privatrechtlicher und somit die Zuständigkeit des Civilrichters begründet ist. Ist das thatsächliche Vorbringen des Klägers so mangelhaft, daß solches ungewiß läßt, ob der eingeklagte Anspruch dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht angehört, so bleibt, wenn dieser Mangel

---

[8] Früher war das Obertrib. and. Ans., indem dasselbe z. B. in der am 22. April 1822 entsch. At.-S. H. W. Sch. geg. W. den Satz aufstellte, daß die Zuständigkeit der Civilgerichte schon dadurch begründet werde, daß ein Kl. das Daseyn eines priv.-rechtl. Titels behaupte, und zur materiellen Beurtheilung gehöre, ob aus den vorgebrachten Thatsachen der angebliche Rechtstitel sich ergebe.

durch das richterliche Fragerecht nicht gehoben werden kann, dem Richter nichts übrig, als seine Unzuständigkeit auszusprechen. Mehr als die Behauptung und thatsächliche Begründung eines Privatrechtstitels ist aber zu Begründung der gerichtlichen Zuständigkeit nicht erforderlich. Ob die dem Anspruch zu Grund liegenden thatsächlichen Behauptungen richtig sind, gehört zur Würdigung der Materie des Rechtsstreits und kommt bei der Zuständigkeitsfrage nicht in Betracht. Ist der Anspruch nach der rechtlichen und thatsächlichen Begründung der Klage privatrechtlicher Natur, so ist der Civilrichter zur Entscheidung zuständig, und zeigt sich nachher, daß die für die privatrechtliche Natur des Anspruchs geltend gemachten thatsächlichen Behauptungen unrichtig sind, so wird dadurch die nach der Klagbegründung sich richtende Zuständigkeit des Civilrichters nicht wieder aufgehoben, sondern es hat derselbe nun die Klage als unbegründet, also aus einem materiellen Grunde, abzuweisen.

5) Ebenso sind die einem Anspruche entgegengesetzten Einwendungen ohne Einfluß auf die Zuständigkeit zur Entscheidung über denselben. Wird ein Anspruch auf einen privatrechtlichen Grund gestützt, so kann über das Bestehen dieses Anspruchs nur der Civilrichter, wird er auf das öffentliche Recht gestützt, über dessen Bestehen nur die Verwaltungsjustizbehörde entscheiden, mag sich auch im ersteren Falle zu Widerlegung des Anspruchs auf öffentlich rechtliche Verhältnisse, im andern Falle auf privatrechtliche Gründe berufen werden.[9] Wird z. B. der Anspruch auf Tragung von Schulhausbaukosten auf die Behauptung eines Herkommens gestützt und Letzteres auf Leistungen für die Schule gegründet, welche nach dem Klagvorbringen als Anerkenntnisse einer privatrechtlichen Verbindlichkeit sich darstellen, so liegt ein privatrechtlicher Anspruch vor, für welchen der Civilrichter zuständig ist. Diese Zuständigkeit wird dadurch nicht wieder aufgehoben, wenn von beklagter Seite eingewendet wird, daß

[9] Vergl. Seuffert Archiv Bd. 4. S. 411, 412.

die zu Begründung des Herkommens geltend gemachten Leistungen ihren Grund in öffentlich rechtlichen Verhältnissen gehabt haben. Es ist dieß nichts als eine zu Widerlegung des eingeklagten privatrechtlichen Anspruchs erhobene Einwendung, welche, wenn sie auch für den Civilrichter bei der von ihm allein zu entscheidenden Frage von dem Bestehen dieses Anspruchs maßgebend werden kann, an der Natur des Streitgegenstandes und ebendaher auch an der Zuständigkeit nichts ändert.

6) Früher bestand in Württemberg der Grundsatz, daß alle Fälle, wo ein Vertrag in Mitte liege, zur Kategorie der Civilprozeßsachen gehören, auch wenn es sich von Verbindlichkeiten handle, welche im Allgemeinen aus Verhältnissen des öffentlichen Rechts entspringen, und in Bayern scheint dieser Grundsatz noch jetzt in Anwendung zu seyn.[10] Das Obertribunal hat solchen jedoch schon seit längerer Zeit verlassen und in verschiedenen Fällen dahin sich ausgesprochen, daß nicht jede Uebereinkunft über einen dem öffentlichen Recht angehörigen Gegenstand einen privatrechtlichen Titel begründe, soferne auch öffentlich rechtliche Verbindlichkeiten durch Uebereinkunft zwischen dem Pflichtigen und dem Forderungsberechtigten modifizirt werden können, und wo nur eine solche Modifikation zwischen den Betheiligten vertragen worden, der Vertrag an der Natur der Verbindlichkeit nichts ändere. Dadurch, daß der Forderungsberechtigte dem Pflichtigen einen Nachlaß an seiner Schuld oder eine Borgfrist gewährt oder sich zu sonstigen von den gesetzlichen Normen abweichenden Bestimmungen versteht, hört die Verbindlichkeit nicht auf, eine öffentlich rechtliche zu seyn. Der Grund derselben liegt nach wie vor in dem öffentlich rechtlichen Verhältniß, und nicht der Richter, sondern die Verwaltungsjustizbehörde ist daher des Vertrags ungeachtet für einen über eine solche Verbindlichkeit entstehenden Streit zuständig.

Anders verhält es sich, wenn die Uebereinkunft zwischen

---

[10] Seuffert Archiv Bd. 7. S. 444. in der Note.

dem Pflichtigen und einem Dritten abgeschlossen wird, und die Ueberwälzung einer dem Ersteren obliegenden öffentlich rechtlichen Verbindlichkeit auf den Dritten zum Gegenstand hat. In diesem Falle kann das durch die Uebereinkunft begründete Rechtsverhältniß nur ein privatrechtliches seyn, weil hier das öffentlich rechtliche Verhältniß dem durch den Vertrag verpflichteten Dritten gegenüber gar nicht in Betracht kommt, sondern dessen Verbindlichkeit lediglich auf dem Vertrage mit dem ursprünglich Verpflichteten, somit auf einem rein privatrechtlichen Titel beruht. Entsteht daher hierüber Streit zwischen den Kontrahenten, so ist zu dessen Entscheidung nur der Civilrichter zuständig.[11] Eine die öffentlich rechtliche Verbindlichkeit in Frage nur modifizirende Uebereinkunft wurde von dem Obertribunal in der Rt. S. zw. der Gemeinde W. und der Gemeinde St., Konkurrenz zu den Schulhausbaukosten betr., angenommen und daher am 7. Juni 1848 die Unzuständigkeit der Civilgerichte zu deren Entscheidung ausgesprochen. Der Anspruch auf Beitrag zu den Schulhausbaukosten war hier auf den zwischen beiden Gemeinden bestandenen Schulverband und eine, die Theilnahme der beklagten Gemeinde an fraglichen Kosten regelnde Uebereinkunft gegründet worden. Diese Uebereinkunft wurde als ein die civilrichterliche Competenz begründender privatrechtlicher Titel aus dem schon angeführten Grunde nicht anerkannt, weil auch Verhältnisse des öffentlichen Rechts durch Uebereinkunft der Betheiligten näher bestimmt oder modifizirt werden können, ohne daß sie deshalb aufhören, dem öffentlichen Rechte anzugehören und der Kognition der Administrativbehörden zu unterliegen. Nur wenn Jemand eine ihm an sich nicht obliegende Verbindlichkeit zu öffentlichen Zwecken vermöge besonderen Rechtsgrunds übernehme, werde dadurch eine privatrechtliche Verbindlichkeit begründet. Die Klägerin

---

[11] Entscheidungen des O.Trib. v. 14. August und 10. Okt. 1846 bei Seuffert Archiv Bd. 4. S. 404—406., vergl. auch Weiler a. a. O. S. 66.

behaupte aber selbst nicht, daß sich die Beklagte zur Theilnahme an den Schulhausbaukosten, ohne hiezu gesetzlich verpflichtet gewesen zu seyn, vermöge besondern Rechtsgrunds verbindlich gemacht habe. Es sey vielmehr einzig der zwischen der Klägerin und der Beklagten bestandene Schulverband, aus welchem die Konkurrenzverbindlichkeit der Beklagten, die nur durch Uebereinkunft näher festgesetzt worden seyn solle, abgeleitet werde, und selbst wenn durch die angebliche Uebereinkunft besondere, von den allgemeinen Normen abweichende Bestimmungen hinsichtlich der Konkurrenzverbindlichkeit der Beklagten festgesetzt worden seyn sollten, würde dieß an der öffentlich rechtlichen Natur des in Frage stehenden Verhältnisses nichts ändern.

7) In ähnlicher Weise verhält es sich, wenn bei Verhältnissen des öffentlichen Rechts auf Herkommen und Verjährung sich berufen wird. Auch hierin war man früher geneigt, stets einen privatrechtlichen Titel zu erblicken. In der von dem Obertrib. am 29. Nov. 1834 entsch. Rt. S. der Gemeinde O. geg. die Einwohner des Weilers H. hatte die Gemeinde O. ihren gegen die Einw. von H. erhobenen Anspruch auf Konkurrenz zu den Schulhausbaukosten auf das öffentlich rechtliche Verhältniß des gemeinsamen Pfarr- und Gemeindeverbands gegründet, die Beklagte aber hiegegen unter Anderem eingewendet, daß sie nie etwas zu dem Bau und der Unterhaltung des Schulhauses zu O. beigetragen haben, und daher von der Konkurrenzpflicht freizusprechen seyen. Diese Einrede, nahm das Obertribunal an, seye, insoferne damit eine Ersitzung der Freiheit behauptet werden wolle, als eine privatrechtliche zur richterlichen Cognition geeignet. In neueren Entscheidungen hat jedoch das Obertribunal diese Ansicht verlassen und den Grundsatz aufgestellt, daß, wenn bei öffentlich rechtlichen Verbindlichkeiten der Pflichtige dem Forderungsberechtigten gegenüber auf Herkommen oder Verjährung sich berufe, hierin die Geltendmachung eines privatrechtlichen Titels noch nicht liege, indem Herkommen oder Verjährung auch in Absicht auf Gegenstände des

öffentlichen Rechts Platz greifen könne, die Berufung darauf daher an der Natur des Streitgegenstands und der Zuständigkeit der Behörden nichts ändere.[12] In der von dem Obertrib. am 6. März 1847 entsch. At. S. zw. der Gem. B. und der ev. Kirchengem. O. sprach letztere auf den Grund des öffentlich-rechtlichen Verhältnisses des gemeinsamen Kirchen- und Gemeindeverbands das Recht der Mitbenützung des Begräbnißplatzes zu B. an, nahm jedoch die Befreiung von der Konkurrenz zu den Kosten der nothwendigen Erweiterung des Begräbnißplatzes in Anspruch, indem sie sich auf Verjährung berief. Das Obertribunal fand hierin keinen die gerichtliche Competenz begründenden Privatrechtstitel, da Verjährung, sey es die einer bestimmten Zeit oder unvordenkliche, nur dann einen privatrechtlichen Erwerbstitel bilden könne, wenn sie sich auf ein privatrechtliches Verhältniß beziehe, ein an sich dem Gebiet des öffentlichen Rechts angehöriger Zustand aber dadurch, daß er längere Zeit gedauert, nicht zum privatrechtlichen werde. In der am 19. April 1850 von dem Obertrib. entsch. At. S. zwischen der Kirchengem. B. und der K. F. K. wurde der Anspruch auf Tragung der kirchlichen Baulast darauf gegründet, daß in Folge der zur Reformationszeit im Fürstenthum Ansbach stattgehabten Einziehung des Vermögens von aufgehobenen Stiften und Klöstern die Verpflichtung zur baulichen Unterhaltung von Kirchen und Schulen vermöge gesetzlicher Bestimmungen auf die landesherrlichen Kassen übernommen worden seye und hiemit auch das Herkommen übereinstimme. Das Obertribunal nahm an, daß durch die gesetzlich ausgesprochene Uebernahme der Baulast auf die landesherrliche Kasse keine privatrechtliche, sondern nur eine öffentlich rechtliche Verpflichtung begründet worden seye, und bemerkte bezüglich der Berufung auf das Herkommen, daß von einem solchen da nicht wohl die Rede seyn könne, wo positive gesetzliche Vor-

---

[12] Entsch. des O.Trib. vom 14. August 1846 bei Seuffert Archiv Bd. 4. S. 404, 407.

schriften vorliegen, indem hiedurch ein Herkommen oder Gewohnheitsrecht in derselben Richtung ausgeschlossen werde. Wollte man aber auch in den fraglichen Verordnungen und Entschließungen mehr nur ein Anerkenntniß der über Kirchenbaulast hergebrachten Rechtsgrundsätze erblicken, und demgemäß das Herkommen als die eigentliche Grundlage der dort ausgesprochenen Grundsätze betrachten, so würde damit der Anspruch der Klägerin nicht zum privatrechtlichen werden. Denn das Herkommen sey keine dem Privatrecht ausschließlich angehörige Rechtsquelle; dasselbe könne ebensowohl auch öffentlich rechtlicher Natur seyn, Verhältnisse des öffentlichen Rechts zum Gegenstand haben. Die in Folge der Secularisation von Klöstern und Stiftern auf die landesherrlichen Kassen übernommene Verpflichtung zu Unterhaltung von Kirchen und Schulen, müßte aber, wenigstens gegenüber von solchen Kirchen und Schulen, welche zuvor keine privatrechtlichen Ansprüche an das eingezogene Vermögen gehabt, als eine dem öffentlichen Recht angehörige Verpflichtung betrachtet werden, möchte nun dieselbe auf ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen oder auf dem Herkommen beruhen. Demgemäß wurde der Anspruch wegen mangelnden privatrechtlichen Titels, als nicht vor den Civilrichter geeignet, abgewiesen. Wird ein rechtlicher Anspruch auf das Herkommen gegründet, so wird es hienach lediglich von der thatsächlichen Begründung desselben abhängen, ob dasselbe einen privatrechtlichen Titel abzugeben und die civilrichterliche Competenz zu begründen geeignet ist.

8) Wenn der Staats-, Gemeinde-, Pfarr- oder Schulverband den einzigen und ausschließlichen Rechtsgrund des streitigen Anspruchs bildet, wenn ein Anspruch oder eine Verbindlichkeit sich lediglich auf die Eigenschaft des Verpflichteten oder Berechtigten als Staats- oder Gemeindebürger, auf das Subjektionsverhältniß gründet, so gehört die Sache dem Gebiete des öffentlichen Rechts an und eignet sich daher nicht vor den Civilrichter, sondern zur Competenz der Verwaltungs-

justizbehörde.[13] In Uebereinstimmung hiemit wird in dem Erlasse des K. Ministerium des Innern und des Kirchen- und Schulwesens vom 3. Febr. 1825 als eine Verbindlichkeit des öffentlichen Rechts bezeichnet, wenn es sich von der Baupflicht der Pfarrgenossen als solcher, oder von dem Verhältnisse der Filialisten als solcher zum Mutterorte handelt, und in diesem Fall die Entscheidung von Streitigkeiten an Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäuden den Verwaltungsbehörden zugewiesen. In den Entsch.-Gründen zu dem Erk. des Obertrib. v. 29. Nov. 1834 in der Rt. S. der Gemeinde O. gegen die Einwohner von H. in welcher der Anspruch auf Konkurrenz zu den Schulhausbaukosten auf den gemeinsamen Pfarr- und Gemeindeverband gegründet worden war, wurde dießfalls bemerkt: Streitigkeiten über die Baulast an Schulgebäuden gehören, insoferne die Verbindlichkeit nicht aus einem besondern privatrechtlichen Titel, sondern auf den Grund der bestehenden allgemeinen Normen aus dem Gemeindeverband hergeleitet werden wolle, zum Geschäftskreis der Verwaltungsbehörden, indem die Verbindlichkeit, von der es sich hier handle, eine auf dem Subjektionsverhältnisse beruhende sey. Es seyen daher in dem vorliegenden Falle auch einzig die Verwaltungsstellen zur Entscheidung darüber zuständig, ob der Weiler H. in Folge des Gemeindeverbands, in welchem er mit O. stehe, zu den Kosten des Schulhausbaues zu O. beizutragen verpflichtet sey, oder ob etwa besondere Lokalverhältnisse, namentlich der Umstand, daß die Weilerbewohner von dem Schulhaus zu O. wegen ihrer Entlegenheit nur einen geringen Nutzen ziehen können, eine Befreiung begründen. — In ähnlicher Weise sprach sich das Obertrib. am 7. Juni 1848 in der Rt. S. der Gem. W. geg. die Gem. St. aus. Das Rechtsverhältniß, wurde hier gesagt, auf welches der Anspruch der Klägerin auf Theilnahme der Beklagten an den Kosten des Schulhausbaues zu

[13] Seuffert Archiv Bd. 1, Nr. 360, Bd. 4, S. 404, 405, 407, 409, 416, 417.

W. sich gründe, sey kein anderes, als der zwischen beiden streitenden Parzellargemeinden bestandene Schulverband, vermöge dessen sie zu einer Schulgemeinde vereinigt gewesen. Dieser Verband gehöre unzweifelhaft dem öffentlichen Rechte an, und es seyen daher auch die hieraus entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten öffentlich rechtlicher Natur, die ebendeshalb, auch wenn sie Gegenstand des Streits zwischen den Betheiligten werden, nicht der Kognition der Gerichte, sondern nur der der Verwaltungsstellen in ihrer Eigenschaft als Administrativjustizbehörden unterliegen. — In gewisser Weise gehört hieher auch eine Entscheidung des Obertrib. vom 9. April 1847 in der Rt. S. zw. der Gem. U. und der K. St. F. V. Der Anspruch auf Tragung der Schulhausbaulast war hier darauf gestützt worden, daß das vormalige Kloster W., dessen Rechtsnachfolger die Beklagte geworden, das Schulhaus zu U. erbaut habe. Hierin wurde die Begründung eines privatrechtlichen Titels nicht gefunden, indem nirgends angezeigt seye, daß das Kloster jenen Bau vermöge einer privatrechtlichen Verbindlichkeit vorgenommen habe, für das Gegentheil vielmehr spreche, daß die Klöster und Stifter in Vorderösterreich (wohin das Kloster W. zur Zeit der Erbauung des Schulhauses zu U. gehört hatte) zu Errichtung von Schulen auf ihren Herrschaften und Pfarren die gesetzliche Verpflichtung gehabt haben. Diese gesetzliche Verbindlichkeit sey eine öffentlich rechtliche gewesen, indem das Gesetz auf der Fürsorge des Staats für den Volksunterricht und den damals angenommenen Grundsätzen über das Verhältniß der Klöster und Stifter zu dem Schulwesen beruht habe. Durch die Erfüllung dieser gesetzlichen Verpflichtung habe daher ein privatrechtlicher Titel nicht begründet werden können.[14]

---

[14] Damit war ausgesprochen, daß der so begründete Anspruch nicht vor den Civilrichter sich eigne; es wurde aber in den von Seuffert, Archiv, Bd. 4, Nr. 74, mitgetheilten Entscheidungsgründen noch der materielle Grund beigefügt, daß auch die gedachte öffentlich rechtliche Verbindlichkeit zu bestehen aufgehört habe, da

9) Verfügungen und Zusicherungen des Landesherrn in seiner Eigenschaft als Staats= oder Kirchenoberhaupt gehören dem öffentlichen Recht an und begründen keine privatrechtliche Verpflichtung. Ein auf solche Verfügungen oder Zusicherungen gestützter Anspruch ist daher kein privatrechtlicher und nicht vor den Civilrichter geeignet. Die Richtigkeit dieses Satzes ist von dem Obertribunal stets anerkannt worden; da jedoch auch Verfügungen der Staatsgewalt in Anerkennung einer privatrechtlichen Verbindlichkeit erfolgen können, so kann die Anwendung des obigen Satzes im einzelnen Falle zweifelhaft seyn. Bei Baulaststreitigkeiten kommt derselbe insbesondere dann zur Sprache, wenn der Anspruch auf Tragung der Baulast auf den zur Reformationszeit erfolgten Einzug von kirchlichem Vermögen gegründet wird. Dieser von Seiten der damaligen Landesherren erfolgte Einzug war an sich unstreitig ein staatsrechtlicher Akt, soferne nur die Landeshoheit und die damit verbundene Episcopalgewalt den Grund der Berechtigung dazu abgeben konnten. Wo somit der Besitz von kirchlichem Vermögen in dem zur Reformationszeit erfolgten Einzug desselben seinen Grund hat, ist der Titel des Besitzes nicht privatrechtlicher, sondern öffentlich rechtlicher Natur, und kann für sich einen privatrechtlichen Anspruch nicht begründen. Ebenso können die aus Anlaß des Einzugs der Kirchengüter von den damaligen Landesherren getroffenen Verfügungen und allgemeinen Zusicherungen bezüglich der Verwendung jener Güter für Zwecke der Kirche und Schule nicht zur Grundlage eines privatrechtlichen Anspruchs dienen, sofern auch derartige Zusicherungen ihre natür=

---

mit dem Uebergange des Klosters unter württ. Staatshoheit die österr. Gesetzgebung im Allgemeinen, namentlich aber die auf Verhältnisse des öffentlichen Rechts sich beziehenden gesetzlichen Bestimmungen ihre Giltigkeit verloren haben, und das württ. Recht hierüber andere Grundsätze aufstelle. Zu diesem Ausspruch war das Obertribunal nicht zuständig. Ueber das Bestehen einer öffentlich rechtlichen Verbindlichkeit steht nur der Verwaltungsbehörde die Entscheidung zu.

liche Erklärung in der dem Landesherrn als solchem obliegenden Fürsorge für die Bedürfnisse von Kirche und Schule finden, und daher, wo keine weiteren Gründe hinzukommen, zu der Annahme, daß damit die Uebernahme einer privatrechtlichen Verbindlichkeit bezweckt worden, nicht berechtigen. Wird daher ein Anspruch auf Tragung der Baulast nur auf den Einzug von kirchlichem Vermögen und etwaige hiebei ertheilte allgemeine Zusagen des Landesherrn gestützt, so genügt dieß nicht, einen privatrechtlichen Titel für den Anspruch und die Zuständigkeit des Civilrichters zur Entscheidung über denselben zu begründen. Eine privatrechtliche Seite erhält der Anspruch erst dann, wenn spezielle dem Gebiete des Privatrechts angehörende Gründe für die Uebernahme der Baulast auf das eingezogene Kirchenvermögen geltend gemacht werden. Dieß wird insbesondere dann der Fall seyn, wenn es sich um den Einzug des besondern Vermögens derjenigen Kirche handelt, deren Herstellung und Erhaltung in Frage steht. Häufig wird übrigens in diesem Falle für das Bestehen einer privatrechtlichen Verbindlichkeit nur geltend gemacht, daß das Kirchenvermögen durch den Einzug seine kirchliche Natur und seine in kirchenrechtlichen Satzungen begründete Bestimmung für die kirchlichen Bauzwecke nicht habe verlieren können, und demzufolge mit dem Kirchenvermögen auch die Baulast von selbst auf den inkammerirenden Landesherrn übergegangen seye. Dieß genügt nicht, um den Anspruch zu einem privatrechtlichen zu machen. Denn die thatsächliche Grundlage des Anspruchs bildet der Besitz des zur Reformationszeit eingezogenen Vermögens der baubedürftigen Kirche, somit ein Verhältniß, welches seinen Grund im öffentlichen Recht hat, und es stellt sich somit dasjenige, was zu Begründung eines privatrechtlichen Titels geltend gemacht wird, in Wirklichkeit als ein im öffentlichen Recht begründetes Verhältniß dar, auf welches ebendaher die auf die Baupflicht des dritten Besitzers von kirchlichem Vermögen bezüglichen kirchenrechtlichen Bestimmungen, welche die Fortdauer der kirchlichen Natur dieses Vermögens und somit einen privatrechtlichen Besitztitel

voraussetzen, keine Anwendung finden. Die Frage ist immer nur die, ob und welche Verbindlichkeit der öffentlich rechtliche Akt der Inkammeration des Kirchenvermögens durch den Landesherrn für diesen begründet habe, und diese Frage gehört nicht dem Privatrechtsgebiet, sondern dem des öffentlichen Rechts an. Es ist dieß daher einer der in Ziff. 4 gedachten Fälle, wo aus dem eigenen Vorbringen der kl. Parthie sich ergibt, daß kein zur Entscheidung durch den Civilrichter geeignetes privatrechtliches Verhältniß vorliegt. Dagegen ist es eine privatrechtliche Begründung des Anspruchs, wenn, wie häufig geschieht, behauptet wird, daß der Landesherr bei dem Einzug des Vermögens einer baubedürftigen Kirche die Baupflicht auf das eingezogene Vermögen, sey es ausdrücklich oder thatsächlich, übernommen und damit die Erhaltung der bisherigen Bestimmung des Vermögens für die bauliche Herstellung und Erhaltung der fraglichen Kirche anerkannt habe. Denn in diesem Falle wird der Anspruch nicht auf die Thatsache des Einzugs, nicht auf einen staatsrechtlichen Akt, sondern auf die Behauptung der Uebernahme einer privatrechtlichen Verbindlichkeit auf das eingezogene Vermögen gegründet, und in vielen Fällen wird diese Klagbegründung auch wirklich zutreffen.[15]

In Uebereinstimmung mit den hier vorgetragenen Grundsätzen wurde am 19. April 1850 die Appellationssache der Gemeinde B. gegen die K. St.F.V. von dem Obertribunal entschieden. In dieser Sache war der Anspruch auf Tragung der kirchlichen Baulast darauf gestützt worden, daß in Folge

---

[15] Es wird seiner Zeit gezeigt werden, daß nur eine solche Klagbegründung von dem richtigen Gesichtspunkte ausgeht; entscheidend für das Vorhandenseyn eines privatrechtlichen Anspruchs im Fall des Einzugs des kirchlichen Vermögens durch den Landesherrn wird stets die Absicht des letztern, und ein privatrechtlicher Anspruch nur begründet seyn, wenn die Absicht der Uebernahme einer privatrechtlichen Baupflicht auf das eingezogene Vermögen unzweideutig zu Tag getreten ist.

der zur Reformationszeit im Fürstenthum Ansbach stattgehabten Secularisation von Stiften und Klöstern die Baulast an Kirchen und Schulen vermöge gesetzlicher Bestimmungen, insbesondere die Konsistorialordnung des Markgrafen Georg Friedrich vom 21. Januar 1594 auf die landesherrliche Kasse übernommen worden seye. Den so begründeten Anspruch erkannte das Obertribunal nicht als einen privatrechtlichen. In den E.G. wurde in dieser Beziehung ausgeführt: Wo ein Landesherr das Vermögen von Stiften und Klöstern eingezogen und darüber verfügt habe, könne er dieß nur in seiner Eigenschaft als Staats- oder Kirchenoberhaupt gethan haben, es gehören daher die von ihm dießfalls erlassenen Anordnungen und ertheilten Zusicherungen, mögen sie aus seiner freien Entschließung hervorgegangen seyn oder auf reichsgesetzlichen Bestimmungen beruht haben, dem öffentlichen Rechte an und können nur öffentlich rechtliche Verpflichtungen begründen. Werde ein Anspruch nur auf solche allgemeine Anordnungen und Verfügungen gestützt, welche der Landesherr in seiner Eigenschaft als Staats- oder Kirchenoberhaupt im Interesse des Gemeinwohls, in Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung zur Fürsorge für die unter seinem Schutze stehenden Kirchen und Schulen, oder zu Vollziehung staatsrechtlicher Verpflichtungen getroffen habe, so seye der Anspruch kein privatrechtlicher und eigne sich nicht zur Verfolgung vor den Gerichten. In derselben Weise sprach sich das Obertribunal in der am 22. Dezember 1854 entschiedenen Appellationssache der Gemeinde M. gegen die K. O.F.K. aus, in welcher Sache der Anspruch auf Tragung der Baulast unter Anderem gleichfalls auf die obengedachte Ansbach'sche Konsistorialordnung von 1594 und die darin enthaltene Zusicherung der Uebernahme der kirchlichen Baukosten auf die zur Reformationszeit eingezogenen geistlichen Güter gegründet worden war. Auch in der am 4. Februar 1857 entschiedenen Appellationssache der St. H.H.K. gegen die Gemeinde H. wurde anerkannt, daß der zur Reformationszeit erfolgte Einzug des kirchlichen Vermögens einer Gemeinde

von Seiten des Landesherrn ein öffentlich rechtlicher Akt gewesen, aus welchem daher ein privatrechtlicher Anspruch sich nicht ableiten lasse. Da jedoch derselbe weiter darauf gegründet war, daß die Baulast in Frage auf das eingezogene Vermögen besonders übernommen worden, konnte insoweit die civilrichterliche Competenz nicht im Zweifel seyn. In der am 2. April 1856 erledigten At.S. zwischen der Gem. Sch. und der K. St.F.V. wurde die Klage auf Tragung der kirchlichen Baulast auf den Besitz des zur Reformationszeit von dem damaligen württembergischen Landesherrn eingezogenen und mit dem allgemeinen evangelischen Kirchengute vereinigten Kirchenvermögens von Sch., sowie auf die ausgesprochene Bestimmung des Kirchenguts, zur Unterstützung von Kirchen, Schulen und Armen zu dienen, gegründet. Das Obertribunal erachtete diese Thatsache zu Begründung eines privatrechtlichen Anspruchs nicht geeignet, da die von den Regenten Württembergs in Folge der Reformation vorgenommene Einziehung des Vermögens der aufgehobenen Klöster und Stifter, sowie der vakant gewordenen Pfarrpfründen und die Vereinigung dieser Vermögensfonds zu einem allgemeinen Kirchengut auf der staatshoheitlichen und der damit verbundenen Episcopalgewalt des Landesherrn beruht habe, und somit in die Sphäre des öffentlichen Rechts falle. In gleicher Weise gehören die Bestimmungen, welche in Betreff der Verwendung des allgemeinen Kirchenguts gegeben worden, dem öffentlichen Recht an. Es sey somit auch das aus der Einverleibung des Vermögens der einzelnen Kirchen oder Pfarreien hervorgegangene Rechtsverhältniß der einzelnen Kirchen zu dem allgemeinen Kirchengut kein privatrechtliches, aus welchem sich privatrechtliche Verbindlichkeiten ableiten ließen; vielmehr haben die einzelnen Kirchen oder Kirchengemeinden auf den Grund jener Einverleibung nur diejenigen Ansprüche an das Kirchengut zu machen, welche sich aus den dem öffentlichen Recht angehörigen Bestimmungen ableiten lassen.[16] — Nach

---

[16] In der am 11. November 1834 entschiedenen At.-Sache

dieser Begründung hätte der Anspruch, in Anwendung der oben vorgetragenen Grundsätze, wegen mangelnden privatrechtlichen Titels als nicht vor den Civilrichter geeignet zurückgewiesen werden sollen, indem das Obertrib. damit ausgesprochen hat, daß das zu Begründung eines privatrechtlichen Anspruchs geltend gemachte thatsächliche Verhältniß dem Gebiet des öffentlichen Rechts angehöre. Wo aber aus dem Klagvorbringen selbst sich ergibt, daß dasjenige, was als privatrechtlicher Titel geltend gemacht wird, also hier der Besitz des Kirchenvermögens, im öffentlichen Recht seinen Grund hat, liegt in Wirklichkeit ein der Entscheidung des Civilrichters anheimfallender privatrechtlicher Anspruch nicht vor. Das Obertrib. war jedoch in gedachtem Falle anderer Ansicht, indem dasselbe darin, daß der Anspruch auf Tragung der kirchl. Baulast auf den Besitz des eingezogenen Kirchenvermögens und die, den dritten Besitzer von kirchlichem Vermögen für baupflichtig erklärenden, kirchenrechtlichen Bestimmungen gestützt worden, die Begründung eines privatrechtlichen Titels erblickte, den Umstand aber, daß der Besitz des Kirchenvermögens in einem Akt des öffentlichen Rechts seinen Grund hatte, und die fragl. kirchenrechtlichen Bestimmungen daher keine Anwendung finden konnten, unter den Gesichtspunkt einer Einrede stellte, und demzufolge die Klagentbindung der Bekl. aussprach. Diese Anschauung kann nach dem oben Ausgeführten nicht für richtig erkannt werden. Denn nicht der Besitz von kirchlichem Vermögen in abstracto, sondern der Besitz des zur Reformat.-Zeit eingezogenen Kirchenvermögens von Sch. bildete die thatsächliche Grundlage des erhobenen

---

der K. St.F.V. gegen die Gemeinde Sch. hatte das Obertribunal die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen; doch näherte man sich schon in der am 16. Juli 1844 entschiedenen At.-S. der Gemeinde B. gegen die K. F.K. der neuerdings festgehaltenen Ansicht. Es wird an einem andern Orte Gelegenheit geben, ausführlicher darauf zurückzukommen. Vgl. auch Gaupp, Kirchenrecht. Bd. 3. S. 939. Anm. u. S. 223. — Sarwey, Monatschrift. B. 1. S. 137.

Anspruchs, somit ein Verhältniß, welches in einem öffentlich rechtlichen Akt seinen Grund hatte, und ebendaher zu Begründung eines privatrechtlichen Anspruchs nicht geeignet war. — Auch in der am 23. Juli 1856 entschiedenen At.S. zwischen der Gemeinde zu M. und der K. O.F.K. bildete die Behauptung des Besitzes von zur Reformationszeit eingezogenem und mit dem evangelischen Kirchengute vereinigtem kirchlichem Vermögen von M. die thatsächliche Grundlage des Anspruchs auf Tragung der Baulast an der Kirche zu M.; auch in diesem Falle erachtete sich jedoch das Obertrib. für zuständig, und wies aus den oben angeführten Gründen die Klage als ungegründet ab.

B. Bei Streitigkeiten über das Bedürfniß und die Nothwendigkeit von Bauten.

Welche Räumlichkeiten für die Bedürfnisse der Schule erforderlich sind, und wie solche beschaffen seyn müssen, um ihrem Zwecke zu entsprechen, ist nach den hierüber bestehenden Verwaltungsgrundsätzen und Verwaltungsgesetzen zu entscheiden. Anerkannter Grundsatz ist aber, daß die vom öffentlichen Interesse gebotene Vollziehung und Handhabung der Verwaltungsgesetze, selbst da, wo sie in das Eigenthum der Privaten oder Körperschaften eingreift, den Verwaltungsbehörden zukommt. [17] Entsteht daher bei einem eintretenden Baufall Streit zwischen den Betheiligten über die Nothwendigkeit oder über die Art und Weise des Bauwesens, wird das Bedürfniß einer Erweiterung oder eines Neubaues in Frage gezogen, so hat über alle diese Fragen nur die betreffende Verwaltungsbehörde zu erkennen, und zwar gilt dieß nicht nur insoweit, als es sich von der im öffentlichen Recht begründeten Baupflicht der Schulgemeinden handelt, sondern auch, wenn Dritte aus privatrechtlichen Gründen die Baukosten zu tragen haben. Dieß ist von dem Obertribunal, wie von den übrigen Gerichten stets anerkannt worden. In der At.S. zwischen der

---

[17] Seuffert, Archiv. Bd. 4. S. 412. Ziff. 6.

Gemeinde K. und der F. St. H. H. O., Erweiterung des Schulhauses zu K. betreffend, wollte die Entscheidung über die bestrittene Nothwendigkeit der Erweiterung Seitens der Beklagten den Gerichten vindicirt werden, da der klägerische Anspruch durch die Nothwendigkeit der Errichtung eines zweiten Lehrzimmers, diese Nothwendigkeit aber wieder dadurch bedingt seye, daß sich eine weitere Zunahme der klägerischer Seits angegebenen Kinderzahl annehmen lasse. Es gehöre daher diese Annahme wesentlich zu Begründung der Klage, weßwegen sie nothwendig der richterlichen Kognition unterworfen seyn müsse. Der Gerichtshof zu E. bemerkte in den Entsch.-Gr. zu seinem am 8. März 1836 gefällten Erk. hiegegen, daß, wenn diese Behauptung richtig wäre, der Richter den ganzen Bauplan revidiren und genehmigen müßte, was doch gewiß nicht seine Sache sey. Auch lasse sich nicht einsehen, warum der Richter nicht sollte entscheiden können, ob die Kosten einer von der Administrativbehörde für nöthig erachteten Einrichtung von der Beklagten oder einem Dritten zu tragen seyen, ohne sich über diese Einrichtung selbst auszusprechen. Nachdem das hiezu competente ev. Konsistorium die Nothwendigkeit der Herstellung eines zweiten Lehrzimmers ausgesprochen habe, stehe dem Richter eine weitere Kognition hierüber nicht zu, so wenig er sich über die Nothwendigkeit einer von der Bau- oder Feuerschau angeordneten Einrichtung aussprechen dürfe. In Uebereinstimmung hiemit sprach das Obertrib. in seinem Erk. vom 21. Juni 1836 sich dahin aus, daß die Frage von der Nothwendigkeit der Errichtung eines weiteren Lehrzimmers und eines Wohnzimmers für den Provisor sich nicht zur richterlichen Entscheidung eigne, sondern der Entscheidung der zuständigen Administrativbehörden anheimfalle, und ebenso erkannte das Obertrib. am 19. April 1839 in S. der St. H. Th. und T. geg. die Gem. H., am 3. Mai 1843 in S. der St. H. H. B. geg. die Gem. M., am 19. März 1844 in S. der St. H. H. W. geg. die Gem. H. und am 7. Mai 1847 in S. der St. H. H. O. geg. die Gem. N., daß die Entscheidung über

das Bedürfniß der Räumlichkeiten für Kirche und Schule und die Nothwendigkeit von baulichen Einrichtungen lediglich zur Competenz der Administrativbehörden gehöre.

Im Einklang hiemit wird in der Instruktion für das Schätzungsverfahren zu Bemessung der auf dem Zehnten haftenden Baulasten vom 28. Juni 1850 in den §§. 16 und 31 die Entscheidung über das Raumbedürfniß bei Kirchen-, Pfarr- und Schulhäusern den Regierungsbehörden zugewiesen.

C. Bei Streitigkeiten über den Umfang der Bauverbindlichkeit.

Ist der Umfang einer bestehenden Kirchen-, Pfarr- oder Schulhausbauverbindlichkeit bestritten, so hat hierüber dieselbe Behörde zu entscheiden, welche im Falle eines Streites über die Verbindlichkeit selbst hiefür zuständig ist, also wo die Verbindlichkeit privatrechtlicher Natur ist, das Gericht, wo sie auf Gründen des öffentlichen Rechts beruht, die Administrativbehörde. Handelt es sich von einer privatrechtlichen Baupflicht, so kann deren Umfang in mehrfachen Richtungen in Streit gezogen werden, und zwar sowohl in der Richtung auf das verpflichtete Subjekt, wie in der Richtung auf das Objekt der Verbindlichkeit. In ersterer Beziehung kann darüber Streit entstehen, ob der Pflichtige nur mit einem gewissen Vermögenstheil und so weit dieser Vermögenstheil reicht, oder mit seinem ganzen Vermögen für die Baukosten einzustehen habe, oder aber kann darüber gestritten werden, ob der bekl. Pflichtige allein oder nur gemeinsam mit weiteren Pflichtigen als baupflichtig erscheine. Alle diese Streitpunkte, wie auch die Frage von der Freilassung der Congrua des konkurrenzpflichtigen Geistlichen fallen der civilrichterlichen Competenz anheim. Dagegen ist die Bestimmung der Größe der Congrua nicht Sache der Gerichte, da hiebei keine privatrechtliche, sondern lediglich Gründe des öffentlichen Wohls zur Sprache kommen, und hierüber haben daher, wie das Obertribunal in der am 18. März 1846 entschiedenen At.S. der Gemeinde W. gegen die K. F. K. anerkannt hat, die

Administrativ- bezw. Kirchenbehörden zu erkennen.[18] Bezüglich des Objekts der Verbindlichkeit kann, wenn es sich um die Baulast an der Kirche handelt, streitig seyn, ob dieselbe sich auf das ganze Kirchengebäude oder nur auf Theile desselben, ob sie sich auch auf den Kirchthurm, die Uhr, die Orgel, den Einbau u. s. w. erstrecke, bei der Pfarrhausbaulast kann die Ausdehnung auf die Oekonomiegebäude bestritten, bei der Schulhausbaulast darüber Streit seyn, ob sie sich nur auf die Lehrzimmer oder nur auf die Lehrerwohnung oder auf Beides erstrecke. Weiter kann in Streit gezogen werden, ob der Pflichtige nur zu Unterhaltung und Wiederherstellung eines Kirchen-, Pfarr- oder Schulgebäudes oder auch zu dessen Erweiterung verbunden seye. Bei Schulgebäuden insbesondere kann die Erweiterungspflicht selbst wieder je nach dem Grunde des Erweiterungsbedürfnisses in verschiedenen Beziehungen zum Streit Veranlassung geben, es kann darüber gestritten werden, ob eine Pflicht zur Erweiterung nur für den Fall, daß sie durch Bevölkerungszuwachs nothwendig geworden oder ob sie ohne Rücksicht auf den Grund des Bedürfnisses bestehe, es kann streitig werden, ob der Pflichtige, auch wenn die Nothwendigkeit der Erweiterung durch die Zutheilung weiterer Orte zu der Schule herbeigeführt worden, die Kosten zu tragen habe; es kann endlich im Streit seyn, ob der Pflichtige auch für die nur in Folge veränderter und lästigerer Verwaltungsgrundsätze oder in Folge des Bildungszuwachses nothwendig gewordene Erweiterung einzutreten verbunden sey. In allen diesen Beziehungen sind, wenn die Bauverbindlichkeit selbst, deren Umfang im Streit ist, privatrechtlicher Natur ist, die Gerichte zuständig zur Entscheidung. Sache der Administrativbehörden ist es zwar, wie bereits erwähnt, die Baubedürfnisse der Kirchen und Schulen nach Maßgabe der bestehenden Verwaltungsgesetze und Grundsätze endgiltig festzusetzen;

---

[18] Hienach ist es unrichtig, wenn Hummel, die Verb. der Zehentbesitzer S. 63 die Festsetzung der Congrua den Gerichten zuweist.

allein hiemit endigt ihre Aufgabe, und die weitere Frage, ob ein Dritter aus privatrechtlichen Gründen für das gesammte von der Administrativbehörde festgestellte Baubedürfniß oder in welchem Umfange er dafür einzutreten habe, ist von dem Richter nach Maßgabe der bestehenden Privatrechtsgesetze und Normen zu entscheiden, was auch von dem Obertribunal stets angenommen worden ist.

D. Bei Streitigkeiten über die Zulänglichkeit des Vermögens von principalbaupflichtigen Stiftungen u. s. w.

Wenn die prinzipale Baulast auf dem Heiligen- oder Stiftungsvermögen ruht, und ein Dritter nur im Falle der Unzulänglichkeit dieses Vermögens auf Tragung der Baukosten in Anspruch genommen werden kann, so entsteht im Falle eines Streits über die Zulänglichkeit oder Unzulänglichkeit des prinzipal baupflichtigen Vermögens zu Tragung der Baukosten die Frage, wem die Entscheidung eines solchen Streites zukommt. Häufig entsteht ein solcher Streit bei der Kirchenbaulast, seltener bei der Baulast an Schulgebäuden, da dem Heiligen regelmäßig, wo nicht Herkommen, Vertrag oder besondere Stiftungen in Mitte liegen, eine Verbindlichkeit zur baulichen Erhaltung und Herstellung des Schulhauses nicht obliegt. Entsteht über die Zulänglichkeit oder Unzulänglichkeit eines prinzipal baupflichtigen Heiligen- oder Stiftungsvermögens Streit, so kann dieß in verschiedenen Richtungen der Fall seyn. Entweder kann es sich davon handeln, ob die Erträgnisse des Stiftungsvermögens neben Befriedigung der sonstigen Stiftungszwecke zu Tragung der in Frage stehenden Baukosten hinreichen, oder kann darüber gestritten werden, ob und inwieweit der Grundstock für die Bauzwecke angegriffen werden dürfe; endlich kann das Vorhandenseyn eines Defizit unbestritten, dagegen darüber Streit seyn, ob und inwieweit das Defizit durch Verwendungen zu fremdartigen Zwecken und nachlässige Verwaltung herbeigeführt worden. Es leuchtet ein, daß für die Entscheidung dieser verschiedenen Fragen häufig lediglich die bestehenden Verwal-

tungsgrundsätze maßgebend seyn werden, und soweit dieß der Fall ist, muß die Entscheidung den Verwaltungsbehörden, also bei Stiftungen den Stiftungsaufsichtsbehörden, überlassen bleiben. Allein wo dieß nicht zutrifft, ist kein Grund vorhanden, die bezeichneten Streitpunkte der richterlichen Entscheidung zu entziehen. Hievon ist auch das Obertrib. bei seinen Entscheidungen ausgegangen, wenn auch vielleicht in einzelnen Fällen die Grenzlinie nicht fest genug eingehalten worden ist. In der von dem Obertrib. am 29. Dez. 1843 entsch. At. S. der Gem. E. geg. die St.H.Th. und T. wurde kl. Seits die Unzulänglichkeit der Mittel der principal baupflichtigen Stiftungspflege zu Tragung des damals in Frage gestandenen Bauaufwands behauptet. Die Kreisregierung hatte jedoch ausgesprochen, daß die Mittel der Stiftungspflege zu Tragung des nothwendigen Bauaufwands zureichen. Dieser Ausspruch wurde kl. Seits angefochten, von dem Obertrib. aber bemerkt: in Absicht auf solche Fragen, welche nach den bei uns geltenden Verwaltungsgrundsätzen zu entscheiden seyen, erscheine der Natur der Sache nach der Ausspruch der betreffenden Verwaltungsbehörde als maßgebend. Es seyen mithin die Gerichte nicht im Stande, sich darüber auszusprechen, ob und inwieweit der Stiftungspfl. E. die Mittel zu Bestreitung des dermalen erforderlichen Bauaufwands abgehen, und ob und inwieweit der Beklagte hiefür einzustehen habe, vielmehr habe die klägerische Gemeinde, soferne sie eine Abänderung der nach Verwaltungsgrundsätzen zu beurtheilenden Prämissen des Ausspruchs der Kreisregierung auswirken und das Vorhandenseyn eines Defizit nachweisen zu können glaube, sich an die betreffenden Verwaltungsbehörden zu wenden. Die gerichtliche Entscheidung habe nur insoweit einzutreten, als die Parteien in Absicht auf speziell bezeichnete Posten darüber im Streit seyen, ob der subsidiär Baupflichtige sie zu decken habe. So lange aber das Vorhandenseyn eines Defizit im Allgemeinen nicht nachgewiesen seye, könne es sich auch nicht von einer Deckungsverbindlichkeit des subsidiär Baupflichtigen und daher auch nicht von

einer gerichtlichen Entscheidung hierüber handeln. In der am 15. Dez. 1849 von dem Obertrib. entsch. Rt.S. E. gegen M. wurde bekl. Seits darüber sich beschwert, daß der G.=Hof den prinzipal baupflichtigen Heiligen zu M. für unvermögend erklärt habe, zu den Kosten des in Frage stehenden Bauwesens dermalen etwas beizutragen. Hiegegen wurde bemerkt, daß insoweit als die Entscheidung dieser Frage von einer Berechnung und Prüfung der Einnahmen und Ausgaben der Stiftungspflege, Feststellung der als nothwendig zu betrachtenden Ausgaben und Ausmittlung der etwa zu erzielenden Ersparnisse abhänge, die Administrativbehörden es seyen, welche sich hierüber zunächst auszusprechen haben, und nur falls der eine oder andere Theil sich bei deren Ausspruch nicht sollte beruhigen können, stehe demselben frei, sich wieder an den Richter zu wenden. In ähnlicher Weise sprach sich das Obertrib. am 7. Jan. 1854 in S. der Gem. R. und W. geg. H. und F., d. 10. März 1854 in S. der O.F.K. geg. die Gem. E. und d. 22. Dez. 1854 in S. der Gem. M. geg. die O.F.K. aus. Ebenso erkannte das Obertrib. am 7. Juni 1850 in der Rt.S. E. geg. M., in welcher darüber Streit herrschte, ob und inwieweit das vorhandene Defizit der prinzipal baupflichtigen Heiligenpflege durch Verwendungen zu fremden Zwecken und nachläßige Verwaltung herbeigeführt worden, daß hierüber zunächst die Verwaltungsbehörde sich auszusprechen habe und vor diesem Ausspruch der Richter zu entscheiden nicht in der Lage seye. Dagegen wurde von dem Obertrib. in S. der O.F.K. geg. die Gem. T. am 18. Nov. 1842 und ebenso in S. der Spitalpfl. B. geg. die Gem. D. am 28—31. Dez. 1855 das Vorhandenseyn eines Defizit der prinzipalbaupflichtigen Heiligenpflege auf den Grund der Heiligenrechnungen angenommen, wobei zu Begründung der gerichtlichen Competenz angeführt wurde, daß nach Lage der Akten keine Streitpunkte zu entscheiden seyen, welche zur Kognition der Administrativbehörden sich eignen. Desgleichen wurde in der am 4—5. April 1856 entsch. Rt.S. der Gem. B. geg. die St.H. W.B. die Einwendung, daß das Defizit

der prinzipal baupflichtigen Heiligenpflege durch fremdartige, der Gemeindekasse obgelegene Verwendungen herbeigeführt worden, von dem Obertrib., ohne vorherige Verweisung dieser Streitfrage an die Verwaltungsbehörde, als ungegründet verworfen, da die letztere nur insoweit ausschließlich zuständig seye, als die Entscheidung nach Verwaltungsgrundsätzen zu erfolgen habe, während solche in diesem Falle nicht in Frage kommen. Im Einklange hiemit steht die am 5. Juni 1846 ergangene Entscheidung des Obertrib. in der At.S. der Spitalpfl. B. geg. die Gem. D. Der Ger.-Hof hatte die Entscheidung über die Einwendung der Bekl., daß das Vermögen der prinzipal baupflichtigen Heiligenpfl. zu Tragung des fragl. Bauaufwands zureiche, unbedingt an die Verwaltungsbehörde gewiesen. Das Obertrib. bemerkte hiegegen, es seye der Civilrichter zur Entscheidung über die Frage, ob die Heiligenpflege an einem Defizit leide, nicht unbedingt unzuständig. Zwar lasse sich denken, daß die Beantwortung dieser Frage im einzelnen Fall von der Anwendung reiner Verwaltungsgrundsätze abhängen möge, ebenso unzweifelhaft sey es aber auch, daß hiebei Streitpunkte zur Sprache kommen können, über welche nur dem Richter die Entscheidung zustehe. So seye es namentlich eine dem Urtheil des Civilrichters unterliegende reine Rechtsfrage, ob und wie weit der Grundstock einer principal baupflichtigen Heiligenpflege angegriffen werden dürfe und müsse, ehe von einer Insufficienz des Heiligen die Rede werden könne, und gerade hierüber herrsche in diesem Falle Streit. In gleicher Weise sprach sich das Obertrib. am 17. Nov. 1846 in S. P. geg. N. aus. Auch bei der am 26. Febr. 1856 ergangenen Entsch. der At.S. der Gem. Sch. geg. N. wurde das Erk. darüber, ob der Grundstock der principal baupflichtigen Stiftungen überhaupt angegriffen werden dürfe, als zur Competenz der Gerichte gehörig erklärt. Dagegen wurde hier die Entscheidung darüber, wie weit der Grundstock unbeschadet der Stiftungszwecke angegriffen und wie viel überhaupt von den Revenuen der Stiftungen zu Bauzwecken verwendet werden dürfe,

der endgiltigen Entscheidung der Verwaltungsbehörde überlassen. Dieß steht, wie aus Obigem erhellt, mit der bisherigen Praxis des Obertribunals nicht ganz im Einklang und ist wohl so unbedingt auch nicht gerechtfertigt, da für die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden nur in so weit ein Grund vorliegt, als die Entscheidung von der Anwendung von Verwaltungsgrundsätzen abhängt.

Die Praxis des Obertribunals, die Entscheidung über die Zulänglichkeit oder Unzulänglichkeit des principal baupflichtigen Heiligen- oder Stiftungsvermögens nur zunächst an die Verwaltungsbehörden zu weisen, hat auch in der rechtsähnlichen Bestimmung des Art. 34 des Zehntabl.-Ges. vom 17. Juni 1849 gesetzliche Bestätigung gefunden, wonach in einem Falle, wo die auf dem abzulösenden Zehnten haftende Baulast nur eine subsidiäre ist, und daher die für solche zu schöpfende Abfindung nur für das, durch die verwendbaren Mittel des principal Baupflichtigen nicht gedeckte Erforderniß berechnet werden soll, die Bemessung des Umfangs jener verwendbaren Mittel des principal Baupflichtigen zwar der Staatsverwaltungsbehörde zugewiesen, sämmtlichen Betheiligten aber die Berufung auf den Rechtsweg dagegen gestattet ist.[19] Auch hier wurde somit die Frage von der Verwendbarkeit des principal baupflichtigen Heiligen- und Stiftungsvermögens nicht als eine ausschließlich zur Competenz der Verwaltungsbehörden gehörige betrachtet, sondern im Streitfall den Gerichten die Entscheidung vorbehalten.

E. Bei provisorischen Verfügungen.

Provisorische Verfügungen, soweit solche geboten sind, um die künftige Realisirung des Rechtsspruchs zu sichern, sind der Regel nach von dem Richter der Hauptsache, somit bei streitigen Privatrechtsansprüchen von dem zuständigen Civilrichter zu erlassen. Wo jedoch bei Streitigkeiten über privatrechtliche Ansprüche zugleich ein öffentliches Interesse in Frage

---

[19] Vergl. unten Lit. F. Ziff. 5.

kommt, wie dieß bei Streitigkeiten über die Kirchen= und Schulhausbaulast der Fall ist, können nach den Grundsätzen, wie sie in Württemberg angenommen und durch die im verfassungsmäßigen Wege ergangene, vermöge Justizministerialerlasses vom 29. September 1821 bekannt gemachte höchste Entschließung vom 14. desselben Monats [20] bestätigt worden sind, provisorische Verfügungen auch von den Verwaltungsbehörden getroffen werden. Es wird jedoch hiebei

1) vorausgesetzt, daß das richterliche Erkenntniß ohne Gefährdung der allgemeinen Sicherheit, des öffentlichen Wohls oder anderer staatspolizeilicher Zwecke nicht abgewartet werden kann. Hieher gehört, wenn ein Kirchen=, Pfarr= oder Schulgebäude den Einsturz droht, oder doch ohne Gefahr nicht länger benützt werden kann, oder wenn die Sicherung der ununterbrochenen Abhaltung des Gottesdienstes oder der Schule ein ungesäumtes Einschreiten erfordert. Liegt eine solche Gefährdung des öffentlichen Interesse nicht vor, so ist ein Einschreiten von Seiten der Polizeibehörde nicht statthaft.

Im J. 1816 mußte das den Einsturz drohende Pfarrhaus zu W. hergestellt werden. Da die angeblich baupflichtige Patronat= und Zehntherrschaft die ihr angesonnene privatrechtliche Bauverbindlichkeit in Abrede zog, so wurden die Kosten in Folge höherer Weisung von der Stiftungsverw. zu C. vorgeschossen und jene erst nach vollendetem Bauwesen auf Ersatz der Baukosten in Anspruch genommen. Ehe jedoch eine dießfällige Klage eingereicht wurde, sah sich die betreffende Kreisreg. veranlaßt, am 6. Juni 1818 eine prov. Verfügung zu erlassen, wodurch die Parochianen und die Zehntherrschaft zur vorläufigen Bezahlung der Kosten nach einem gewissen Maßstabe angehalten werden wollten. Diese Verfügung wurde auf erhobene Beschwerde durch Erlaß des K. Ministerium des Innern vom 28. Febr. 1820 außer Wirkung gesetzt, indem in dem Erlasse bemerkt wurde: die Erlassung einer von Polizeiwegen zu erlassenden prov. Verfügung in Streitigkeiten

---

[20] 1. Ergänz.= Bd. zum Reg. Bl. S. 42. 43.

über die Unterhaltung der Kirchen und Schulen und der damit verbundenen Einrichtungen setze voraus, daß der Fortdauer einer dießfallsigen Anstalt Gefahr drohe und diese Gefahr, während über die Unterhaltungslast gestritten werde, durch prov. Einschreitung der Polizeibehörde abgewendet werden müsse. Diese Voraussetzung treffe hier nicht zu, da die dringliche Reparatur des Pfarrhauses zu W., welche, wenn sie noch zu vollziehen wäre, ein prov. Einschreiten der Polizeibehörde ohne Anstand begründet haben würde, bereits früher erfolgt, somit jede Gefahr ohne Zuthun der Polizeibehörde abgewendet und selbst die Handwerksleute bereits bezahlt seyen. Wo keine Gefahr mehr drohe, seye aber kein Grund vorhanden, von Polizeiwegen einzuschreiten, und es könne, ohne daß dem gemeinen Besten dadurch Eintrag geschehe, die richterliche Entscheidung darüber abgewartet werden, wer die privatrechtliche Verbindlichkeit zu Erstattung der aufgewendeten Baukosten habe.[21] Auch in dem Erlasse des K. Ministerium des Innern und des Kirchen- und Schulwesens vom 3. Febr. 1825 (1. Erg.-Bd. z. Reg.-Bl. S. 325—327) wird eine auf dem Verzuge haftende Gefahr als Voraussetzung für ein prov. Einschreiten der Polizeibehörde bezeichnet, und dasselbe besagt ein Erlaß des Ministerium des Innern vom 7. März 1825 (Reg.-Bl. S. 152).

2) Bei Zuscheidung der prov. Baulast ist zwar vorzugsweise auf den bisherigen Besitzstand, zugleich aber auch darauf zu sehen, gegen wen nach Wahrscheinlichkeit eine Konkurrenzpflicht zu erkennen seyn wird.[22] Auch sind nach der angeführten höchsten Entschl. v. 14. Sept. 1821 die Administrativbehörden befugt und verpflichtet, ihre Entscheidung nicht blos nach Grundsätzen des öffentlichen Rechts, sondern auch nach Maßgabe der in jedem Fall eintretenden privatrechtlichen Gründe zu ertheilen.

3) Eine prov. Verfügung der Polizeibehörde hat nur

---

[21] Vgl. auch Sarwey Monatschrift Bd. 3. S. 130. 145.

[22] Ebendas. Bd. 3. S. 130.

das gemeine Beste und die Sicherung des gefährdeten öffentlichen Wohls zum Grund und Zweck. Hierin finden die zu ergreifenden Maßregeln ihre natürliche Beschränkung. Die Polizeibehörde ist befugt und verflichtet, die Betheiligten zu allem dem, was die Abwendung der Gefahr erfordert, nöthigenfalls im Exekutivwege, anzuhalten, sie hat sich aber jeder darüber hinausgehenden Verfügung zu enthalten, und die Ordnung des streitig gewordenen privatrechtlichen Verhältnisses dem Richter zu überlassen. Das rechtliche Verhältniß der Betheiligten wird durch die polizeiliche Verfügung nicht geändert, und es bleibt ihnen die Verfolgung ihrer Rechte in possessorio und petitorio unbenommen.[23]

4) Gegen die von den Adm.-Behörden erlassenen prov. Verfügungen ist nur eine Beschwerdeführung bei den höheren Verw.-Stellen statthaft. Wird die Verfügung von diesen beharrt, so bleibt solche in Wirkung, bis von dem Gerichte im ordentlichen Rechtswege über den Besitz- oder Rechtsstand erkannt ist. Doch sind die Gerichte nach ergangenem Erk., auch wenn solches die Rechtskraft nicht bestritten hat, befugt, das Provisorium aufzuheben oder ein anderes an dessen Stelle zu setzen.

In dem schon angeführten Falle, in welchem wegen Ersatzes der auf die Herstellung des Pfarrhauses zu W. verwendeten Kosten von der betreffenden Kreisreg. am 6. Juni 1818 eine prov. Verfügung getroffen worden war, hatte der Gerichtshof zu E. auf an ihn gebrachte Beschwerde dem OA.-Gericht O. aufgegeben, den in Ausführung der prov. Verfügung der Regierung ergehenden Exekutionsanträgen keine Folge zu geben. Dieser Verfügung des G.-Hofs wurde von dem K. Min. des Innern in dessen Erlassen v. 9. Aug. 1819 und 28. Febr. 1820 mit der Bemerkung entgegengetreten, daß eine polizeiliche Verfügung der richterlichen Kognition nie unterliegen, sondern nur eine Beschwerde bei der höheren Ver-

[23] Ziffer 3. der höchsten Entschl. v. 14. Septbr. 1821. — Vergl. auch die Ministerialverf. v. 3. Febr. 1825 Reg.-Bl. S. 326.

waltungsbehörde begründen könne, [24] und diese Ansicht wurde durch die höchste Entschl. v. 14. Sept. 1821 gebilligt, indem hiedurch ausgesprochen wurde, daß weder die Berufung auf den Rechtsweg ein polizeiliches Provisorium unwirksam machen, noch die Gerichte vor ergangenem Erkenntniß über den Besitz- oder Rechtsstand zu einer Aenderung des Provisorium befugt seyn sollen. Uebrigens hat das Obertrib. in einem Erlasse v. 27. Okt. 1830 hiezu bemerkt, daß die Beschreitung der Rechtskraft des gerichtlichen Erkenntnisses zur Statthaftigkeit einer solchen Abänderung nicht nothwendig seye. Denn außerdem könnte es, zumal wenn ein Erkenntniß den Rechtsstand selbst betreffe, einer neuen prov. Verfügung gar nicht mehr bedürfen. Vielmehr scheine die gedachte höchste Entschl. die Bestimmung der §§. 66 und 146 des IV. Edikts im Auge gehabt zu haben, wonach es auch einem Unterrichter zustehe, in Fällen, wo eine vorläufige Verfügung eingetreten, mit der Aussprechung seines Erkenntnisses in der Hauptsache festzusetzen, wie es bis zu der Periode, wo dieses Erkenntniß rechtskräftig werde, gehalten werden solle, wiewohl außerdem sonst durch ein noch nicht rechtskräftiges Erk. in dem Besitzstand nichts verändert werden könne. [25]

5) Kommen die Gerichte bei oder nach Ausspruch eines Erk. in den Fall, über die Fortdauer oder Anordnung einer prov. Verfügung zu erkennen, so sind die hiefür sprechenden öffentlich rechtlichen Gründe auch von ihnen zu berücksichtigen. Dieß wurde von dem Obertrib. in der Rt.S. zw. dem Grafen von Q. und der kath. Pfarrstelle zu J. anerkannt. Der Gerichtshof hatte den Bekl. durch prov. Verfügung zur vorläufigen Fortentrichtung der Pfarrbesoldung und Anschaf-

---

[24] Dasselbe ist von dem O.App.-Gericht zu Darmstadt in einer von Seuffert Archiv Bd. 9, Nr. 74 mitgetheilten, am 25. Okt. 1844 ergangenen Entscheidung anerkannt worden.

[25] Der angeführte Erlaß wird von Tafel Civ.-Rechtsspr. Bd 3. S. 168, 169 vollständig, jedoch ohne Angabe des Datum, mitgetheilt.

fung der Cultbedürfnisse angehalten. Diese Verfügung wurde von dem Obertrib. durch Erlaß vom 31. Mai 1851 bestätigt, indem für die Nothwendigkeit eines Provisorium angeführt wurde: daß die Abhaltung des Gottesdiensts für die kathol. Pfarrgemeinde J. durch den vorliegenden Rechtsstreit keine Unterbrechung erleiden dürfe, verstehe sich aus Gründen des öffentlichen Wohls ebenso von selbst, als es klar seye, daß die Gefahr einer solchen Unterbrechung nahe liege, wenn den Geistlichen jener Gemeinde plötzlich die Mittel zu ihrem Lebensunterhalt entzogen und die Cultbedürfnisse nicht mehr herbeigeschafft werden. Zu Abwendung dieser Gefahr seyen daher prov. Anordnungen dringend geboten.

F. Bei Streitigkeiten über — der Ablösung unterliegende Baulasten.

Haftet die Verbindlichkeit zur baulichen Herstellung und Erhaltung von Kirchen, Pfarr- und Schulhäusern ausschließlich auf dem Bezuge von Zehnten, so ist solche nach den Bestimmungen der Art. 27—47 des Zehntabl.-Gesetzes vom 17. Juni 1849 zugleich mit dem Zehnten selbst gleichfalls abzulösen und zu diesem Behufe aus dem Zehntablösungskapitale eine Abfindung für die Baulast zu schöpfen. Bezüglich der Competenz in Streitigkeiten, welche hiebei entstehen, gelten folgende Grundsätze:

1) Wird das Bestehen der angeblich auf dem Zehnten haftenden Bauverbindlichkeit selbst oder deren Umfang bestritten, so haben hierüber die Gerichte zu entscheiden. Denn es liegt in diesem Fall lediglich ein privatrechtlicher Anspruch zur Entscheidung vor (Zehntablös.-Gesetz Art. 67. 68. Hauptinstruktion vom 22. März 1850 §. 46. Instrukt. für das Schätzungsverfahren vom 28. Juni 1850. §. 2.).

2) Dasselbe gilt aus demselben Grunde, wenn Streit entsteht, ob die fragliche Baulast auf dem Zehnten allein oder zugleich auf anderem Eigenthum ruht (Hauptinstr. §. 46). Von Bedeutung ist diese Frage, weil nur die auf dem Zehnten allein haftende Baulast der für den Bauberechtigten nachtheiligen Ablö-

sung unterworfen ist. Die Gerichte haben jedoch ihre Entscheidung darauf zu beschränken, ob die Baulast auf dem Zehnten allein, oder zugleich oder ausschließlich auf anderem Eigenthum ruht. Die weitere Frage, ob je nach Beantwortung von jener die gesetzlichen Bedingungen für die Abfindung der Baulast vorhanden sind, gehört nach §. 2 der Instruktion für das Schätzungsverfahren vom 28. Juni 1850, als zur Vollziehung des Zehntabl.-Gesetzes gehörig, zur Competenz der Verwaltungsbehörde.

3) Soweit nämlich nicht über die Baulast, sondern über die Auslegung der Bestimmungen des Zehntabl.-Gesetzes und deren Anwendung auf den betreffenden Fall gestritten wird, entscheidet hierüber nach Art. 55 des Zehntabl.-Gesetzes in erster Instanz die Ablösungskommission, und der Rekurs geht nach der auch hieher für anwendbar erklärten Bestimmung des Art. 17 des Gesetzes vom 14. April 1848 an den K. Geheimenrath. Es stimmt dieß mit dem oben Lit. **B**. angeführten Grundsatze überein, wonach die Vollziehung und Handhabung der Verwaltungsgesetze den Verwaltungsbehörden zusteht.

4) Kommt in einem Streite über das Bestehen einer angeblich auf dem Bezug von Zehnten haftenden Baulast die Appellabilität in Frage, welche in diesem Falle von der Größe der für die Baulast zu schöpfenden Abfindungssumme, als dem eigentlichen Streitgegenstande, abhängt, und ist zu diesem Behufe die Festsetzung der Abfindungssumme erforderlich, so ist dieser Streitpunkt nach Maßgabe des oben Lit. A Ziffer 3 dargelegten Grundsatzes zu trennen und die Entscheidung der Verwaltungsbehörde einzuholen, da es sich hiebei lediglich um die Anwendung der Bestimmungen des Zehntablösungsgesetzes handelt. Demgemäß wurde von dem Obertrib. in der R.S. der Gem. N. gegen die f. St. H. H. L., kirchl. Baulast betr. verfahren, in welcher auf den Grund der Bestimmungen des Zehntablösungsgesetzes das Vorhandenseyn der Berufungssumme bestritten war. In der am 7. März 1857 dießfalls an

die K. Ablösungskommission ergangenen Note wurde gesagt: Es falle die in Frage stehende Kirchenbaulast, da solche nach dem klägerischen Vorbringen auf dem Zehnten haften solle, unter den Begriff einer Zehntlast, wofür nach Art. 27 des Zehntabl.-Gesetzes bei der Ablösung des Zehnten selbst eine nach Maßgabe der Art. 30—35 dieses Gesetzes festzusetzende Abfindung aus dem Ablösungskapital zu schöpfen seye. Würde daher die von klägerischer Seite in Anspruch genommene Baulast als bestehend erkannt, so würde die Folge nur die seyn, daß sich die Beklagte den Abzug jener Abfindungssumme an dem Zehntablösungskapital gefallen lassen müßte; nur diese Abfindungssumme erscheine daher in Wirklichkeit als der Gegenstand des Streits und der Beschwerde und nur diese Summe könne daher auch bei der Frage von der Appellabilität in Betracht kommen. Die Beurtheilung der Frage, ob die Sache an das Obertribunal erwachsen seye, setze somit die vorgängige Festsetzung der fraglichen Abfindungssumme voraus. Für diese Festsetzung seye durch das Zehntablösungsgesetz Art. 50 ff., die Hauptinstruktion vom 22. März 1850 und die weitere Instruktion vom 28. Juni 1850 ein besonderes, einen Theil des Ablösungsgeschäfts bildendes Verfahren vorgeschrieben, und da nach §. 2 der letztgedachten Instruktion die Bemessung der Abfindungssumme auch dann, wenn über die Bauverbindlichkeit selbst ein Streit obwalte, zu erfolgen habe, wo solches von den Gerichten für nöthig erachtet werde, müsse die Ablösungscommission um die erforderliche Einleitung zu Festsetzung der Abfindung für die im Streit befangene Kirchenbaulast gebeten werden. Die Ablösungskommission entsprach diesem Ansuchen.

5) Ist die auf dem Zehntbezug haftende Baulast nur eine subsidiäre, so soll die für solche aus dem Ablösungskapital zu schöpfende Abfindung nur für das durch die verwendbaren Mittel des zunächst Verpflichteten nicht gedeckte Erforderniß berechnet werden. Die Bemessung des Umfangs jener verwendbaren Mittel des prinzipal Bau-

pflichtigen ist nach Art. 34 des Zehntabl.-Gesetzes und den §§. 39 und 56 der Hauptinstruktion der Staatsverwaltungsbehörde, bei Stiftungen der Stiftungsaufsichtsbehörde zugewiesen. Entsteht jedoch Streit und beruhigen sich die Betheiligten hiebei nicht, so steht ihnen die Berufung auf den Rechtsweg offen. Geschieht dieß, so müssen die oben Lit. D vorgetragenen Grundsätze zur Anwendung kommen.

6) Wenn bei dem Ablösungsverfahren unter den Betheiligten Streit über die Verbindlichkeit zur Urkundenedition entsteht, so hat nach Art. 48 des Zehntabl.-Gesetzes und den §§. 39 und 41 der Hauptinstr. hierüber nicht die Ablösungsbehörde, sondern der Civilrichter nach summarischer Verhandlung zu entscheiden. Gegen diese Entscheidung findet nur Eine Berufung innerhalb 30 Tagen Statt.

II. Von dem Umfang der kirchlichen Baulast.

A. Rücksichtlich des Subjekts der Verpflichtung, und zwar sowohl der baupflichtigen Personen als des baupflichtigen Vermögens.

1) Beschränkung der Baupflicht durch die Konkurrenz dritter Personen; Beweislast im Falle der Einwendung weiterer Mitbaupflichtigen.

Die in den bestehenden kirchenrechtlichen Grundsätzen und kanonischen Vorschriften gegründete Regel, wonach das gesammte Vermögen einer Kirche zu den Kosten ihrer baulichen Erhaltung und Herstellung in Anspruch genommen werden kann, und daher Alle, welche von der baubedürftigen Kirche herstammende und ihrer kirchlichen Natur nicht entkleidete Einkünfte beziehen, zu den Baukosten beizutragen verbunden sind, führt zu dem natürlichen, auch von dem Obertrib. in einer Reihe von Entscheidungen, z. B. d. 26. Okt. 1839, d. 15. Dez. 1839, d. 22. Jan. 1847 und d. 22. Dez. 1854, ausgesprochenen Grundsatze, daß, wo das Vermögen einer Kirche im Besitze von Mehreren sich befindet, jeder

einzelne Besitzer nur im Verhältniß der von ihm besessenen Quote zu dem übrigen baupflichtigen Kirchenvermögen zu den kirchlichen Baukosten beizutragen verbunden ist. Die Anwendung dieses Satzes setzt jedoch die durch Anerkenntniß oder ausreichenden Beweis festgestellte Gewißheit voraus, daß das kirchliche Vermögen in mehrere Hände vertheilt ist; solange dieß nicht feststeht, kann derjenige, welcher anerkannter oder erwiesener Maßen im Besitz von kirchlichem Vermögen sich befindet, in Ermanglung eigenen Vermögens der Kirche auf Tragung sämmtlicher Baukosten in Anspruch genommen werden. Denn da das in dritten Händen befindliche kirchliche Vermögen für kirchliche Bauzwecke zu dienen hat, soweit diese Zwecke es erfordern, kann von einer Beschränkung dieser Verbindlichkeit erst dann die Rede werden, wenn das Vorhandenseyn weiteren baupflichtigen kirchlichen Vermögens außer Zweifel steht. Zu Begründung der Klage auf Tragung der kirchlichen Baulast gehört daher nicht mehr als die Behauptung des Besitzes von kirchlichem Vermögen auf Seiten des Bekl., und wird dieser zugestanden oder erwiesen, so folgt daraus die subsidiäre Verbindlichkeit des Bekl. zu Tragung der gesammten Baulast. Will letzterer durch die Behauptung, daß weiteres Vermögen der betreffenden Kirche in den Händen von Dritten sich befinde, einen Theil jener Verbindlichkeit auf diese überwälzen, so liegt hierin keine Abläugnung des Klaggrunds, sondern eine Einrede, welche ebendaher dem Bekl. zu beweisen obliegt, und kann er diesen Beweis nicht führen, so ist er für sämmtliche Baukosten einzutreten verbunden. Hiedurch wird jedoch, wie sich von selbst versteht, das Verhältniß des bekl. Baupflichtigen zu den angeblichen dritten Besitzern weiteren kirchlichen Vermögens nicht alterirt, und es bleibt jenem unbenommen, nachträglich diese dritten Besitzer ins Mitleiden zu ziehen, wenn er ihnen gegenüber den Beweis ihrer Baupflichtigkeit zu erbringen im Stande ist.

In Anwendung dieser Sätze hat das Obertrib. in der am 14. Febr. 1849 entsch. At.S. zw. dem Hospital zu W. u. der Pfarrei Z., in welcher Sache der als Besitzer von

kirchlichem Vermögen auf Tragung der Pfarrhausbaulast belangte Hospital eingewendet hatte, daß weitere konkurrenzpflichtige Condecimatoren vorhanden seyen, sich dahin ausgesprochen, daß bei dem Mangel eines Beweises für jene Behauptung die Verbindlichkeit zu Herstellung und Erhaltung der pfarrlichen Gebäude den Hospital treffe, der sich anerkannter und erwiesener Maßen im Besitze kirchlichen Vermögens befinde. Jedoch wurde für den Fall, daß in der Folge eine Mitverbindlichkeit der übrigen Zehntberechtigten nachgewiesen und gerichtlich ausgesprochen würde, die Verringerung der Konkurrenzquote des Hospitals im Erk. vorbehalten. In der am 15. Dezemb. 1849 von dem Obertrib. entsch. Rt.S. zw. d. Freih. v. E. und der Gem. M. hatte der Bekl. die subsidiäre kirchliche Baupflicht als Besitzer des großen Zehnten zu M. anerkannt, jedoch eingewendet, daß auch das Einkommen der Pfarrei konkurrenzpflichtig sey. Hierüber wurde in den Entsch.=Gründen bemerkt, die dem Anerkenntniß der Bauverbindlichkeit beigefügte Modifikation enthalte nicht eine theilweise Abläugnung des Klagegrunds, sondern eine von dem Zugeständniß trennbare Einrede, deren Beweis der Bekl. obliege. Denn es werde von beklagter Seite zugegeben, daß der im Besitz der Bekl. befindliche Zehnte subsidiär kirchenbaupflichtig sey, und hiemit nur die Behauptung verbunden, daß auch das Einkommen der Pfarrei zu konkurriren habe. Seye aber der Zehnte der Bekl. subsidiär kirchenbaupflichtig, so folge daraus an sich, daß er, in Ermanglung eigenen Vermögens der Kirche, soweit in Anspruch genommen werden könne, als die aufzuwendenden Baukosten dieß nothwendig machen, und wenn die Bekl. behaupte, daß noch weiteres beitragspflichtiges Vermögen vorhanden sey, wodurch sich ihre Beitragsquote vermindere, so sey es ihre Sache, dieß zu beweisen. Zu Begründung des kl. Anspruchs gehöre nur, daß der Zehnte der Bekl. kirchenbaupflichtig sey, und indem dieß von beklagter Seite zugestanden worden, seye ebendadurch die Klägerin des Beweises der gedachten Thatsache überhoben, ohne daß hieran die von

der Bekl. beigefügte Einrede etwas ändern könnte. — Ebenso wurde in der am 19. Mai 1852 von dem Obertrib. entsch. Rt.S. der K.F.K. gegen die Gem. A. davon ausgegangen, daß wenn die Baupflicht eines Zehntbesitzers im Allgemeinen nachgewiesen worden, derselbe in Folge dessen für den ganzen Betrag des Bauaufwands einzustehen habe, so lange er nicht darzuthun vermöge, daß noch Andere in gleicher Linie mit ihm beitragspflichtig seyen. Dieser Beweis wurde nicht als geliefert angenommen, und daher die Bekl. zu Tragung der ganzen kirchlichen Baulast verurtheilt, dabei jedoch derselben überlassen, gegen die angeblichen Mitbaupflichtigen mit besonderer Klage aufzutreten, falls sie deren Konkurrenzpflicht nachweisen zu können glauben sollte.[1] In ähnlicher Weise sprach sich das Obertrib. in der am 30. Aug. 1853 entsch. Rt.S. der K.F.K. gegen die Gem. B. und in der am 28./31. Dez. 1855 entsch. Rt.S. des Hosp. zu B. gegen die Gem. D. aus.

2) Ausnahme von der Konkurrenzpflicht bei inkorporirten Pfarreien.

Von dem oben aufgestellten Satze, daß im Falle der Vertheilung des kirchlichen Vermögens unter mehrere Besitzer jeder derselben nach Verhältniß seiner Besitzquote zu den kirchlichen Baukosten beizutragen habe, findet eine Ausnahme Statt, wenn das Vermögen einer Kirche durch Inkorporation in den Besitz einer geistlichen Körperschaft gekommen und von dieser ein Theil der kirchlichen Einkünfte wiederum dem fun=

[1] In einer früher am 4. Januar 1830 entsch. Rt.S. F. geg. St. W. hatte das Obertrib. ausgesprochen, daß der als Besitzer kirchl. Zehnten zur baulichen Erhaltung der Kirchengebäude einer Pfarrei Verpflichtete gegen einen angeblichen Condecimator kein eigenes Klagrecht auf Mitübernahme der kirchlichen Baulast habe und auch den Ersatz bereits aufgewendeter Baukosten gegen den Condecimator nur dann klagend verfolgen könne, wenn die Voraussetzungen der negotiorum gestio oder versio in rem zutreffen. Diese Thesis hat das Obertrib. in den oben im Texte angeführten Entscheidungen aufgegeben.

girenden Pfarrer oder Pfarrverwalter (Parochus secundarius, actualis auch Vicarius perpetuus) zu seinem Unterhalt zugewiesen worden ist. In einem solchen Falle kann der Pfarrer wegen des von ihm aus dem Kirchenvermögen bezogenen Gehalts zu den kirchlichen Baukosten nicht beigezogen werden, vielmehr hat die inkorporirende Körperschaft selbst oder deren Rechtsnachfolger für den Pfarrer und die ihm überlassenen Vermögenstheile einzustehen. In der am 17. Januar 1852 entsch. At.S. der K.O.F.K. gegen die Gem. Sp. war erstere als Rechtsnachfolgerin des Kollegiatstifts zu R.C., welchem die Stadtpfarrei Sp. im J. 1455 inkorporirt worden, auf Tragung der kirchlichen Baulast in Anspruch genommen worden, und hatte eingewendet, daß auch der dem Stadtpfarrer zu Sp. überlassene Kleinzehnte in Konkurrenz zu ziehen seye. Dieser Einwand wurde verworfen und in den Entsch.-Gründen ausgeführt, daß an der durch die Inkorporation begründeten Baupflicht der Bekl. durch den Umstand, daß der zu dem inkorporirten Kirchenvermögen gehörige Kleinzehnte in Folge der durch die Inkorporation dem Stifte auferlegten Verpflichtung, dem zu Versehung der Pfarrei zu bestellenden Vikarius seinen klerikalstandesmäßigen Unterhalt zu verabreichen, diesem als ein Theil seiner Besoldung von dem Stift zugewiesen worden, und demzufolge der Stadtpfarrer zu Sp. solchen jetzt inne habe, nichts geändert werde. Denn eben weil hienach der Stadtpfarrer den Kleinzehnten nicht Kraft eigenen Rechts unmittelbar aus dem Vermögen der Kirche, sondern nur als einen Theil der ihm von der Beklagten, als Rechtsnachfolgerin des Kollegiatstifts zu verabreichenden Competenz beziehe, sey die Klägerin berechtigt, sich an die Bekl. als die eigentliche Nutznießerin des Kirchenvermögens zu halten, und es könne sich diese ihrer durch die Inkorporation der gesammten Pfründeinkünfte begründeten unmittelbaren Verbindlichkeit durch eine Verweisung der Klägerin an den Stadtpfarrer nicht entziehen, welchen sie im Gegentheil als ihren Besoldeten selbst zu vertreten habe. Ganz in derselben Weise erkannte das Obertrib. in der am 4./5. April

1856 entsch. At.S. des Stiftungsraths zu B. geg. die gr. W. B.St.H. zu H.[2]

3) Beschränkung der Baupflicht auf den Grund des persönlichen Verhältnisses des Pflichtigen zu der Kirche. Die Congrua der Geistlichen. Verwandlung seines Einkommens.

Abgesehen von dem vorerwähnten Falle sind Geistliche, welche Einkünfte von der herzustellenden Kirche beziehen, nach ausdrücklichen Kirchensatzungen (cap. 4. X. de eccles. ädif. et rep. (3,48) und die declaratio Card. interpr. Conc. Trid. ad cap. VII. de Reform. sess. XXI.) und konstanter Praxis zu den Baukosten nur insoweit beizutragen verbunden, als das in ihrem Genuß befindliche kirchliche Vermögen nicht zu ihrem klerikalstandesgemäßen Unterhalt, zu Deckung der Congrua, erforderlich ist. Dieß hat das Obertrib. stets, insbesondere in Entscheidungen vom 26. Okt. 1839, 15. Dez. 1849 und 20. Mai 1854 anerkannt.[3] In der an letztgenanntem Tage entsch. At.S. der Gemeinde B. geg. die K.D. F.K. war der eigenthümliche Fall, daß auf Freilassung der Congrua erkannt wurde, obgleich die in Frage stehenden Zehnten sich nicht mehr im unmittelbaren Genusse des Pfarrers selbst befanden, sondern in Folge der Verwandlung des Pfarreinkommens gegen Uebernahme der Verpflichtung zur Verabreichung einer festen Besoldung an den Pfarrer von der Bekl. in Verwaltung übernommen worden waren. In den Entsch.=Gründen wurde gesagt, es habe die Bekl. die Zehnten nur mit der ihm anhängenden Pfarrbesoldungslast auf sich genommen und soweit als die Zehnterträgnisse hie=

---

[2] Vergl. Permaneder kirchl. Baulast §. 22, Note 4. Brendel Kirchenrecht Bd. 2, §. 434, S. 1304. Hummel die Verb. der Zehntbes. S. 30, 31.

[3] Vergl. Seuffert Archiv Bd. 5. S. 53. Hummel a. a. O. S. 61. Permaneder a./a. O. §. 8, Note 7, §. 23. Note 2, §. 28. Note 2.

durch aufgezehrt werden, können sie nicht auch noch zu den Kirchenbaukosten beigezogen werden. Bis zum Betrag der congrua hätte aber der Zehntertrag auch dem Pfarrer, wenn er die Selbstverwaltung der Zehnten behalten hätte, freigelassen werden müssen, insoweit müsse daher die Besoldungslast der Baulast vorgehen. Bezüglich der in Folge der Pfarreinkommensverwandlung in Verwaltung übernommenen Zehnten könne daher die Bekl. nur in soweit für baupflichtig erklärt werden, als deren Ertrag nicht zu Verabreichung der Congrua an den Pfarrer zu B. erforderlich sey.

4) Beschränkung der Baupflicht auf gewisse Vermögenstheile.

a) Bei der Baupflicht des Pfarrers, heutiger Begriff einer Pfründe (beneficium).

In der am 15. Dez. 1849 von dem Obertrib. entsch. Rt.S. E. gegen M. wurde von Seiten des auf Tragung der Baulast an der Kirche zu M. in Anspruch genommenen Großzehntbesitzers die Behauptung aufgestellt, daß die Pfarrei des Orts mit ihrem ganzen (über Abzug der Congrua des Geistlichen verbleibenden) Einkommen, ohne Rücksicht auf dessen Ursprung zu den Baukosten beizutragen habe, da nach den Bestimmungen des kanonischen Rechts Alles, was zum beneficium einer Pfarrei, zur Pfründe, gehöre, baupflichtig seye. Allein wenn auch im älteren kanonischen Recht mehrfach allgemein von der Baupflicht derjenigen die Rede ist, qui beneficium ecclesiasticum habent (cap. 1. X. de eccl. aedif. vel. rep. 3, 48.) so besagt doch schon eine Verfügung Alexanders III. (cap. un. X. eod.) wodurch diejenigen für baupflichtig erklärt werden, qui parochiales ecclesias habent, daß sie nur de bonis, quae sunt ipsius ecclesiae, zu bauen gehalten seyn sollen, und die Bestimmung des Trid. Concils, welches nur diejenigen, qui fructus aliquos ex dictis Ecclesiis provenientes percipiunt, für baupflichtig erklärt, bezieht sich auch auf die Baupflicht des Pfarrers. Das Obertrib. hat daher auch in der Eingangs erwähnten Rt.S. ausge=

sprochen, daß nur diejenigen Einkünfte der Pfarrei, welche von dem Vermögen der baubedürftigen Kirche herrühren, zu den Kirchenbaukosten beigezogen werden können. Das zur Pfarrdotation gehörige Vermögen seye aber nicht ein und dasselbe mit dem Vermögen der Kirche, und es spreche nicht einmal eine Vermuthung dafür, daß das Einkommen der Pfarrei von dem Vermögen der betr. Kirche herrühre, da erfahrungsgemäß die Pfarrer ihr Einkommen häufig aus ganz anderen Quellen beziehen. Derselbe Satz liegt auch einer Entsch. des Obertrib. vom 8. April 1848 in der At.S. der Gemeinde A. gegen die K. St.F.V. zu Grunde, bedarf jedoch einer Modifikation. Richtig ist der Satz, wenn von dem heutigen Einkommen einer Pfarrei die Rede ist. Denn nach heutigen Begriffen ist, wie die Entsch.=Gr. des Obertrib. zu dem Erk. v. 29. Mai 1834 in der At.S. der St. H. H. W. gegen den kath. K.R. besagen,[4] eine Pfründe oder beneficium nichts Anderes, als das Recht eines Geistlichen, für die Versehung eines Pfarramts bestimmte Einkünfte zu beziehen. Worin diese bestimmten Einkünfte bestehen, und ob sie auf kirchlichen oder anderen Gütern ruhen, ist einerlei. Daß der Benificiat sich im Genusse kirchlicher Güter oder doch solcher Gefälle, welche auf kirchlichen Gütern radizirt sind, befindet, ist heutzutage kein wesentliches Merkmal des Begriffs eines beneficium mehr. Anders verhält es sich, wenn es sich um eine, schon vor Jahrhunderten und vor der Reformationszeit bestandene Pfarrpfründe handelt. In jener Zeit, sagen die Entsch.=Gr. des Obertrib. in der am 22. Dez. 1854 entsch. At.S. der Gemeinde M. gegen die K. O.F.K., war Pfründvermögen und Kirchenvermögen ein und ebendasselbe, und in den kirchlichen Pfründen meist die ganze Dotation der betr. Kirche aufgegangen. Denn seit dem sechsten Jahrhundert kam es in Gebrauch, den Pfarrern, statt des ihnen bis dahin von dem Bischof, aus dem hiezu bestimmten

[4] Diese Entsch.=Gründe sind vollständig abgedruckt von Tafel Civ.=R.=Spr. Bd. 3, S. 129—140.

Theile des Kirchenguts, gereichten Unterhalt, einen Theil der Einkünfte ihrer Kirchen als beneficium anzuweisen, und aus dieser Anfangs nur persönlichen und widerruflichen Verleihung entwickelte sich die seit dem 11. Jahrhundert als Regel hervortretende Gewohnheit, das Recht auf die Benützung der bei einer Kirche befindlichen Einkünfte als eine rechtliche Folge des Kirchenamts zu betrachten. Die auf solche Weise mit einem Pfarramt verbundenen kirchlichen Einkünfte nannte man eine Pfründe oder Pfarrlehen, und wo daher bestimmte Gefälle als Theile einer schon in jener Zeit bestandenen Pfarrpfründe sich nachweisen lassen, ist eben damit die kirchliche Natur jener Gefälle erwiesen.[5] In Uebereinstimmung hiemit sprach das Obertrib. auch in der am 14. April 1852 entsch. Rt.S. S. geg. Sch. aus, daß da, wo eine Pfarrei mit einer festen und bleibenden, schon in alter Zeit mit der Pfarrei verbundenen Dotation bestehe, und solche daher eine eigentliche Kirchenpfründe seye, die ursprünglich damit verbundenen Güter und Einkünfte zum Vermögen der Kirche gehören.

b) Bei der aus der Inkorporation einer Kirche entsprungenen Baupflicht.

Die aus der Inkorporation einer Pfarrkirche entspringende Baupflicht der Anstalt oder Körperschaft, welcher die Kirche inkorporirt worden, beschränkt sich der Regel nach auf das inkorporirte kirchliche Vermögen, dessen Einverleibung und Besitz den Grund der Baupflicht abgibt, ohne daß das übrige Vermögen der inkorporirenden Anstalt oder Körperschaft zu den Baukosten beigezogen werden kann. Geht das Vermögen der Anstalt oder Körperschaft in die Hände von Dritten über, so setzt daher deren Beiziehung zu den kirchlichen Baukosten den Nachweis voraus, daß gerade das inkorporirte Kirchenvermögen oder

---

[5] Eichhorn, K.-R. Bd. 2, S. 656—658. Brendel, K.-R. Bd. 2, §. 431, S. 1295—1297. Walter, K.-R. §. 257, 246.

doch ein Theil desselben auf sie übergegangen ist. In der am 20. Mai 1857 entsch. At.S. der Gemeinde B. geg. die K. O.F.K. war die letztere als Rechtsnachfolgerin des Stifts F., welchem die Pfarrei B. im J. 1379 inkorporirt worden war, auf Tragung der Kirchenbaulast in Anspruch genommen worden. Unbestrittenermaßen war jedoch die Bekl. nicht Universalrechtsnachfolgerin des Stifts geworden, sondern es war nur ein Theil des früheren Stiftsvermögens in ihre Hände gekommen. Demungeachtet wollte die Bekl. ohne Rücksicht darauf, ob unter diesem Vermögenstheil auch Theile des inkorporirten Kirchenvermögens sich befinden, auf Tragung der ganzen Baulast in Anspruch genommen werden. In den Entsch.-Gründen wurde jedoch ausgeführt, daß die Baulast nicht auf dem ganzen Stiftsvermögen, sondern nur auf dem inkorporirten Kirchenvermögen von B. hafte, die Bauverbindlichkeit der Bekl. daher davon abhänge, ob unter dem von derselben besessenen Theil des ehemaligen Stiftsvermögens das Kirchenvermögen von B. ganz oder theilweise sich befinde. Die Klägerin mache zwar geltend, daß durch die Inkorporation des Kirchenvermögens von B. eine Uebertragung der Baulast auf das Gesammtvermögen des Stifts in der Art bewirkt worden seye, daß jeder einzelne Bestandtheil des Stiftsvermögens für das Ganze gehaftet habe, und daher auch der in die Hände der Bekl. gekommene Theil nunmehr für die ganze Baulast hafte. Allein es gehe dieß aus der von dem kl. Anwalt hiefür angeführten, zunächst ohnedieß nur von dem Gehalte des fungirenden Pfarrers oder Vikarius handelnden Stelle der Interpretation der Kardinäle zu sess. VII. cap. 7 des Conc. Trid. nicht hervor.[6] Denn als Regel werde im Gegentheil auch hier

[6] Diese Stelle lautet: Ex fructibus Parochiae unitae Monasterio detrahenda est merces Vicarii, qui ei inservit, et non ex fructibus Monasterii. Et quidem si non apparent certi reditus harum parochialium, censuit Concilii Congregatio cogendos esse Religiosos ad assignandum de suo scuta L dictis Vicariis, nisi

vorangestellt, daß der Gehalt des Vikarius aus den Einkünften der inkorporirten Kirche (ex fructibus Parochiae unitae) und nicht aus denen der inkorporirenden Körperschaft (et non ex fructibus Monasterii) verabreicht werden solle, was in gleicher Weise auch von der kirchlichen Baulast gelte. Nur wenn keine Einkünfte der inkorporirten Kirche sich erheben lassen (si non apparent certi reditus harum parochialium), solle das auf den Grund der Inkorporation in Anspruch genommene Stift oder Kloster die fragliche Last aus dem Seinigen (de suo) zu tragen gehalten seyn, es könnte denn dasselbe beweisen, daß die einverleibte Kirche gar kein Vermögen gehabt habe. Hiemit sey jedoch etwas Weiteres nicht ausgesprochen, als daß die Körperschaft, welcher eine Pfarrkirche inkorporirt worden, sich nur durch den Beweis der Unvermöglichkeit dieser Kirche von der fraglichen Last befreien könne, welche Bestimmung ihren offenbaren Grund in der durch den bekannten Zweck der Inkorporationen gerechtfertigten Unterstellung der regelmäßigen Vermöglichkeit einer inkorporirten Kirche, somit in der Annahme des Besitzes von baupflichtigem Kirchenvermögen auf Seiten der in Anspruch genommenen Körperschaft habe. Diese Vermuthung könne aber nur der Körperschaft selbst, welcher die Kirche einverleibt worden, oder deren Universalrechtsnachfolger gegenüber Platz greifen, wie denn auch die Interpreten des Trid. a. a. O. nur von dem Falle, wenn die Körperschaft selbst in Anspruch genommen werde, reden, und nur ihr die Beweislast, mit der inkorporirten Kirche kein Vermögen erhalten zu haben, auflegen. Wenn dagegen ein Dritter, welcher, wie die Bekl. nur einen Theil des Vermögens der fraglichen Körperschaft erworben habe, in Anspruch genommen werde, so könne von einer Präsumtion, daß gerade unter diesem Vermögenstheile das inkorporirte Kir-

---

ipsi clare et evidenter probent, dictas parochiales nullos prorsus habuisse reditus, quando fuerunt Ecclesiae suis locis prädictis unitae.

chenvermögen ganz oder theilweise begriffen seye, keine Rede seyn, und es könne daher auch nicht jenem Dritten die Beweislast, daß er das inkorporirte Kirchenvermögen nicht besitze, auferlegt, sondern es müsse ihm bewiesen werden, daß unter dem von ihm besessenen Vermögen das inkorporirte Kirchenvermögen, sey es ganz oder theilweise, sich befinde.

c). Bei der in dem Einzug des örtlichen Kirchenvermögens zur Reformationszeit gegründeten Baupflicht.

Ein ähnliches Verhältniß findet Statt, wenn das Vermögen einer Kirche oder Pfarrei zur Reformationszeit von dem Landesherrn in der Absicht, solches seiner bisherigen Bestimmung zu erhalten und den Aufwand auf die bauliche Erhaltung und Herstellung der Kirche auch fernerhin daraus zu bestreiten, eingezogen worden und in Folge dessen eine privatrechtliche Baupflicht auf den inkammerirenden Landesherrn übergegangen ist. Zwar wurde schon die Behauptung versucht, daß in einem solchen Falle das gesammte Kammergut des inkammerirenden Landesherrn die Baulast zu tragen habe.[7] Allein das Obertribunal ist stets von der entgegengesetzten Annahme, daß nur das eingezogene kirchliche Vermögen für die Baukosten zu haften habe, ausgegangen, und es ist diese Ansicht insbesondere in der am 12. Juni 1852 entsch. Rev.-Sache der St. H. H. O. geg. die Gem. J. u. E. dahin weiter ausgeführt worden:[8] Auch vor dem Einzug des betreffenden Kirchenvermögens habe eine Deckung des Aufwands auf die Kirche natürlich nur in soweit erfolgen können, als das Vermögen dazu hingereicht habe, und eine weiter gehende Verpflichtung habe daher durch die Inkammerirung

---

[7] Dieß vertheidigt Pfizer rechtl. Gutachten S. 21—23 mit Rücksicht auf den Einzug der Kirchengüter in der vormaligen Grafschaft Hohenlohe.

[8] Die Entsch. Gründe sind abgedruckt in Tafel's Civ.-R.-Spr. Bd. 2. S. 328 u. bei Hummel a. a. O. S. 38.

für sich allein auch auf die Beklagte nicht übergehen können. Unstatthaft seye es, wenn Pfizer in seinem rechtlichen Gutachten die Rechtsgrundsätze von der Universalrechtsnachfolge analog hier anwenden wolle. Das Verhältniß des inkammerirenden Landesherrn habe schon darum mit dem eines Universalnachfolgers gegenüber von den Gläubigern der Vermögensmasse, in deren Besitz er eintrete, keine Aehnlichkeit, weil vor dem Einzug der Kirchengüter in der Regel nicht zwei Rechtssubjekte vorhanden gewesen, indem sich nicht Berechtigter und Verpflichteter gegenüber gestanden, sondern das kirchliche Institut selbst, um dessen Erhaltung es sich handle, Eigenthümer des betreffenden Vermögens gewesen seye. Sodann aber seyen die betreffenden Kirchen-, Schul- und Heiligenfonds, wenn man sie auch als verpflichtete Rechtssubjekte betrachten wollte, keineswegs unbeschränkt zu Deckung jedes Kirchen- und Schulaufwands in den betreffenden Gemeinden verpflichtet, sondern die Gränze, wie schon erwähnt und in der Natur der Sache liege, durch den Betrag ihrer Mittel gesteckt gewesen. Eine größere Verpflichtung, als seinem Erblasser obgelegen, gehe aber auch auf den Universalnachfolger nicht über. In gleicher Weise sprach sich das Obertrib. in den am 13. August 1852 entsch. Rt.S. der Gem. N. und L. gegen die St. H. H. K. aus.

5) Die Begränzung der Baupflicht durch die Größe des baupflichtigen Vermögens; Beweislast.

Die Verpflichtung des Besitzers von kirchlichem Vermögen zu Tragung der kirchlichen Baulast ist der Natur der Sache nach eine durch die Größe jenes Vermögens und seiner Erträgnisse begränzte, da ja die Verpflichtung eben nur in diesem Vermögensbesitze wurzelt und nur dieses Vermögen beitragspflichtig ist. Der Besitzer kirchlichen Vermögens als solcher ist daher zu Tragung der Kirchenbaukosten der Regel nach nur insoweit verbunden, als der-

Ertrag jenes Vermögens dazu reicht. Daß letzteres der Fall ist, bildet somit eine Voraussetzung der Konkurrenzpflicht und gehört zum Klagegrund. Hieraus folgt, daß der Regel nach dem Kläger obliegt, die Zulänglichkeit des in den Besitz des Beklagten gekommenen Kirchenvermögens zu beweisen. Doch muß, wenn es sich von inkammerirtem Kirchenvermögen handelt, der Beweis genügen, daß solches zur Zeit des Einzugs zureichend gewesen, die Baulast zu tragen, und bei inkorporirtem Kirchenvermögen soll dieß nach der in der Note 6 angeführten Stelle der Congr. Card. interpr. sogar präsumirt werden, was eine Umkehrung der Beweislast zur Folge hat. [9] Bei dem Obertribunal kam die Beweisfrage schon in verschiedenen Richtungen zur Erörterung und Entscheidung. In der am 22. Okt. u. 14. Nov. 1839 entsch. Rt.S. der Gemeinde R. gegen O. J. hatte der Beklagte, welcher als Besitzer des früher dem Kloster J. inkorporirten und mit dem Kloster an den Beklagten gekommenen Zehnten von R. auf Tragung der subsidiären Baulast an der Pfarrkirche daselbst in Anspruch genommen wurde, die Einwendung vorgebracht, daß er als Besitzer des Zehnten zu R. den Pfarrer daselbst zu besolden habe, hiedurch aber die sämmtlichen, ihm aus dem fraglichen Zehntrechte zufließenden Einkünfte absorbirt werden, und er daher auf den Grund seines Zehntbesitzes nicht auch noch zu Tragung der Baulast an der Kirche angehalten werden könne. Das Obertribunal erkannte jedoch den Bekl. für schuldig, die bereits aufgewendeten, dem Betrage nach bekannten Baukosten an der Kirche unbedingt zu übernehmen, wogegen der Beklagte für die Zukunft nur insoweit für baupflichtig erkannt wurde, als der Ertrag des fraglichen Zehnten nach Abzug der Erhebungskosten und der Besoldung des Pfarrers hiezu hinreiche. In den Entsch.-Gründen wurde gesagt: Der

[9] Permaneder a. a. O. §. 22, Note 5, Reinhardt kirchl. Baulast S. 64, vgl. auch Gaupp Kirchenrecht Bd. 2, Abth. 2, S. 223.

Uebernahme der bereits aufgewendeten noch unbezahlten Kirchenbaukosten könnte der Bekl. sich nur weigern, wenn seine Einrede, daß die dem Pfarrer zu reichende Besoldung den Reinertrag des Zehnten absorbire, als erwiesen angenommen werden könnte. Denn die Richtigkeit des Rechtssatzes, daß dem Besitzer kirchlichen Vermögens in dieser Eigenschaft weitere Lasten, als wozu der Ertrag dieses Vermögens hinreiche, nicht auferlegt werden können, unterliege keinem Zweifel. Nun seye aber der Beweis dieser Einrede nicht geführt, sondern es seye sogar das Gegentheil anzunehmen, was des Näheren ausgeführt wurde. Für die Zukunft habe der Beklagte nur bedingt verurtheilt werden können, da der Ertrag des Zehnten ein wandelbarer sey und bei dem jedesmaligen Eintritt eines Baufalls das eine Mal mehr, das andere Mal weniger Mittel zur Deckung des Defizit des Heiligen darbieten könne, wobei es übrigens keinem Zweifel unterliege, daß für die Kosten eines jeweiligen Baufalls nicht nur die Ueberschüsse des Zehntertrags im betreffenden Jahre, sondern auch die der folgenden Jahre zu verwenden seyen. In der Rt.S. der St. H. H. B. gegen die Gemeinde M., entsch. den 3. Juni 1848, wurde die bekl. St. H. auf den Grund des Besitzes des zur Reformationszeit inkammerirten Kirchenvermögens von M. und des Herkommens auf Tragung der Kosten des nothwendig gewordenen, erweiterten Neubaus der Pfarrkirche zu M. in Anspruch genommen. Die Beklagte wandte unter Anderem ein, daß die Baukosten, wenn sie ihr allein aufgebürdet werden wollten, die Erträgnisse des in ihrem Besitze befindlichen Kirchenvermögens bei Weitem übersteigen würden. Diese Einwendung wurde nicht für begründet erkannt und in den Entsch.=Gr. dießfalls gesagt: Bei der Prüfung der von einem Baupflichtigen aufgestellten Behauptung, daß die Kosten eines ihm angesonnenen Kirchenbauwesens mit den Erträgnissen des kirchl. Vermögens, aus dessen Besitz seine Verbindlichkeit abgeleitet werde, im Mißverhältniß stehen, dürfe man, wie sich aus der eigenthümlichen Natur des ganzen Verhältnisses von

selbst ergebe, nicht den einjährigen Ertrag des Kirchenvermögens, ja nicht einmal eine einfache Kapitalisirung dieses Jahresertrags zum Grunde lege. Dem von Jahr zu Jahr wiederkehrenden sicheren Genusse stehe eine durch ihn bedingte Verpflichtung gegenüber, welche mit irgend erheblichen Opfern erfüllen zu müssen, der Verpflichtete nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge viele Jahrzehnte hindurch gar nicht in die Lage komme. Trete dieser Fall nach langer Zeit endlich wieder einmal ein, und dieß in einem Umfange, welcher den Genuß des betreffenden Jahres wirklich übersteige, so seye der Verpflichtete für den Ausfall dieses Einen Jahres durch die unverkürzt ihm zugeflossenen Bezüge in der Vergangenheit nicht nur, sondern auch durch die Gewißheit gedeckt, für eine längere Zukunft hinaus der auf seinen Bezügen ruhenden Verbindlichkeit wieder Genüge geleistet zu haben, und nur wenn er nachweisen könnte, daß nach dem Umfange des ihm angesonnenen Aufwands jenes nicht der Fall seye, könnte von einem wirklichen Mißverhältniß zwischen der ihm aufgebürdeten Last und den mit dem Besitz und Genuß des Kirchenvermögens ihm zu Theil gewordenen Vortheilen die Rede werden. Dieß könne aber von der Bekl. in dem gegenwärtigen Rechtsstreit nicht gesagt werden, was aus dem Ertrag des Zehnten und der Größe der seit über 100 Jahren davon getragenen Baukosten nachzuweisen gesucht wurde. In der Rt.S. des Spitals zu E. gegen die Gemeinde M., entsch. den 7. Juni 1850, wurde der bekl. Spital als Besitzer des demselben mit der Pfarrei zu M. inkorporirten Kirchenvermögens auf Tragung der kirchlichen Baulast in Anspruch genommen. Bekl. Seits wurde eventuell die Zulänglichkeit des an den Spital gekommenen kirchlichen Vermögens zu Tragung der Baukosten in Abrede gezogen. Bezüglich dieser Einwendung wurde in den Entsch.-Gründen gesagt: Jedenfalls unterliege es keinem Zweifel, daß das dem Spital inkorporirte Vermögen der Kirche in M. einen größeren Ertrag gewährt habe, als zu Bestreitung des Bedürfnisses der Kirche erforderlich gewesen, indem ja die

Einverleibung gerade den Zweck gehabt habe, dem Spital weitere Revenuen zu verschaffen. Sache des letzteren wäre es daher, zu beweisen, daß das ihm durch die Inkorporation zugefallene Vermögen zu Bestreitung der jetzt auf die Kirche zu verwendenden Baukosten nicht zureiche, wenn er dieß zu behaupten gemeint wäre. Indessen seye eine bestimmte Behauptung hinsichtlich des Betrags des Vermögens, welches die Kirche zur Zeit der Inkorporation besessen habe, von dem beklagten Spital gar nicht aufgestellt worden. In der Rev.S. der St.H.H.O. gegen die Gem. J. und C., entsch. d. 12. Juni 1852, wurde die bekl. St.H. als Besitzerin des zur Reformationszeit inkammerirten Kirchen- und Schulvermögens von J. auf Leistung der Schullehrerbesoldung in Anspruch genommen. Auch hier wurde die Zulänglichkeit des inkammerirten Vermögens in Abrede gezogen und von dem Obertrib. in den Entsch.-Gr. dießfalls bemerkt, die Zulänglichkeit habe, soferne es sich um eine die seitherigen Leistungen übersteigende Leistung handle, die klagende Gemeinde zu beweisen, da diese Thatsache zu Begründung der Klage gehöre. Dasselbe wurde in den am 13. Aug. 1852 entsch. At.S. der Gemeinden R. und L. gegen die St. H. H. K. ausgesprochen. Auch in der am 4. Febr. 1857 entsch. At.S. der St.H. H. K. geg. die Gem. H., in welcher der Anspruch auf Erweiterung der Kirche wiederum auf den zur Reformationszeit erfolgten Einzug des Kirchenvermögens durch die Vorfahren der Bekl. gegründet, von letzteren aber die Zulänglichkeit des von ihnen besessenen kirchlichen Vermögens zu Tragung der fraglichen Baukosten bestritten worden war, wurde der Grundsatz der Beweispflicht der kl. Partei für die Zulänglichkeit des kirchlichen Vermögens zu Tragung der Baulast zur Zeit der Inkammerirung festgehalten, dieser Beweis jedoch als hergestellt erachtet und dießfalls ausgeführt: In der Natur der Sache liege es zwar, daß die Verbindlichkeit des Besitzers von kirchlichem Vermögen zu Tragung kirchlicher Baukosten in dem Betrag dieses Vermögens ihre regelmäßige Grenze finde. Allein daß zur Zeit

der Inkammerirung des kirchlichen Vermögens von H. dieses mit der darauf übernommenen Kirchenbaulast in keinem Mißverhältnisse gestanden, lasse sich unbedenklich annehmen, da nach dem Gültbuche von 1596 die Pfarrei zu H. den Zehnten und die Gefälle von nicht weniger als 21 Orten und der Heilige daselbst den Zehnten und die Gefälle von 11 Orten gehabt, und alle diese Zehnten und Gefälle nach Ausweis des Gültbuchs von der Herrschaft eingezogen worden seyen. Auch dürfe man wohl davon ausgehen, daß die Inkammerirung überhaupt nicht erfolgt seyn würde, wenn die Größe des kirchlichen Vermögens nicht in Aussicht gestellt hätte, daß dessen Erträgnisse die davon zu leistenden Verwendungen auf die Kirche weit übersteigen werden, und offenbar würde auch die nach den Lager- und Gültbüchern über das Dorf H. von 1671 und 1703 erfolgte gänzliche Vermischung der inkammerirten Gefälle mit dem Kammergut unterlassen und eine abgesonderte Verrechnung derselben angeordnet worden seyn, wenn die Größe des inkammerirten Vermögens dem Gedanken an eine Unzulänglichkeit desselben zu Tragung der auf solches übernommenen Baulast Raum gelassen hätte. Sodann aber komme weiter in Betracht, daß bei Beurtheilung der Zulänglichkeit des inkammerirten Vermögens zu Tragung von Baukosten nach der eigenthümlichen Natur des in Frage stehenden Verhältnisses nicht bloß die gegenwärtigen Erträgnisse zu Grund gelegt werden dürfen, sondern auch die Erträge der Vergangenheit wie der Zukunft in die Wagschaale fallen müssen. Denn dem von Jahr zu Jahr sicher wiederkehrenden Genusse des inkammerirten Vermögens stehe eine Verpflichtung gegenüber, welche, mit irgend erheblichem Aufwand erfüllen zu müssen, der Verpflichtete nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge viele Jahrzehnte hindurch gar nicht in die Lage komme. Trete dieser Fall nach langer Zeit endlich wieder einmal ein, so sehe der Verpflichtete, wenn auch die gegenwärtigen Erträgnisse des inkammerirten Kirchenvermögens zu Deckung der Kosten nicht zureichen, hiefür durch die in der Vergangenheit unverkürzt ihm zugeflossenen Bezüge

entschädigt, wozu noch die Gewißheit komme, für eine längere Zeit hinaus der auf seinen Bezügen haftenden Verbindlichkeit wieder Genüge geleistet zu haben. Es gelte dieß insbesondere auch für den vorliegenden Fall, da die Menge der eingezogenen Zehnten und Gefälle keinen Zweifel lasse, daß bedeutende Beträge von der Herrschaft alljährlich bezogen worden, während kein erheblicher Baufall bekannt seye und auch für die Unterhaltung der Kirche wenig aufgewendet worden zu seyn scheine. Als unzweifelhaft dürfe daher angenommen werden, daß die Bekl. bedeutende Ueberschüsse alljährlich für sich bezogen und verwendet habe, und es könne der Betrag der dermaligen Erträgnisse des inkammerirten Vermögens schon darum nicht, und um so weniger in entscheidenden Betracht kommen, als gerade bei einem Neubau, wie solcher in vorliegendem Fall in Aussicht stehe, der Bekl. für lange Zeit hinaus der Genuß des inkammerirten Vermögens wieder gesichert seye, ohne einen erheblichen Bauaufwand aus demselben bestreiten zu müssen. Eine wirkliche Berechnung der, der Bekl. seit dem Einzug der kirchlichen Zehnten und Gefälle zugegangenen Beträge seye allerdings nicht möglich, da die Bekl. wie schon erwähnt, die Zehnten und Gefälle schon seit bald zwei Jahrhunderten mit ihrem Kammergut vollständig vermischt und mit ihren sonstigen Gefällen gemeinsam verrechnet habe. Gerade aber weil die Bekl. durch diese ihre eigene Handlung den genaueren Nachweis des Verhältnisses zwischen den ihr durch die Inkammerirung des Kirchenvermögens zugegangenen Vortheilen und der von ihr dagegen getragenen Last unmöglich gemacht habe, könne der Nachtheil hievon auch nur sie treffen, und es könne der kl. Partei, welcher keinerlei Einwirkung auf die von der Bekl. beliebte Verrechnungsweise, ja nicht einmal die Einsicht der Rechnungen zugestanden, nicht zugemuthet werden, einen weiteren durch die Schuld der Bekl. unmöglich gewordenen Beweis zu führen, vielmehr wäre es unter diesen Umständen Sache der Bekl. gewesen, das Bestehen eines wirklichen Mißverhältnisses zwischen dem in Aussicht stehenden Bauaufwande

und den mit dem Besitz und Genuß des Kirchenvermögens ihm zu Theil gewordenen Vortheilen zu begründen und nachzuweisen.[10]

6) Angebliche Freiheit des kleinen Zehnten von der Baulast.

Von Manchen wird behauptet, daß der kleine Zehnte, auch wenn er unstreitig kirchlicher Natur seye, zu den kirchlichen Baukosten nicht beigezogen werden könne. Da jedoch nach den, im Trid. Concil bestätigten, kirchenrechtlichen Grundsätzen Jeder, welcher Einkünfte von der herzustellenden Kirche bezieht, die ihre kirchliche Natur nicht verloren haben, in subsidium zu den Kirchenbaukosten beizutragen hat, und für eine Ausnahme von dieser Regel bezüglich der kleinen Zehnten weder innere Gründe sprechen, noch gesetzliche Anhaltspunkte vorliegen, so hat das Obertrib. stets daran festgehalten, daß die kleinen Zehnten, den Beweis ihrer Zugehörigkeit zu der herzustellenden Kirche vorausgesetzt, zu den Kirchenbaukosten in gleicher Weise, wie die großen Zehnten beizutragen haben.[11] Hieher gehören die Entscheidungen vom 26. Oktober 1839 in der At.S. der K. F. K. gegen die Gem. N., vom 22. Dez. 1854 in der At.S. der Gem. M. gegen die K. O.F.K. In der erstgenannten Sache wurde das Daseyn einer hievon abweichenden besonderen Observanz in der Diözese Constanz behauptet, wonach der Pfarrer wegen des Bezugs des kleinen Zehnten in dem Pfarrsprengel nicht zur Konkurrenz zu ziehen wäre. Es wurde

[10] In ähnlicher Weise hat sich ein Gerichtshof in den von Tafel a. a. O. Bd. 3. S. 161—163 mitgetheilten Entsch.-Gründen zu einem Erkenntniß v. 21. Mai 1840 in Sachen der Gemeinde U. gegen die K. F. V. ausgesprochen.

[11] Hienach ist dasjenige, was Hummel a. a. O. S. 66, 67 über die dißfällige Praxis des O.-Trib. bemerkt, zu berichtigen. Die von Hummel angeführten Fälle, in welchen der kleine Zehnte aus dem Grunde des mangelnden Beweises seiner kirchlichen Natur nicht in Konkurrenz gezogen wurde, gehören nicht hieher; denn wo es an jenem Beweise fehlt, ist auch der große Zehnte nicht konkurrenzpflichtig.

jedoch eine solche Observanz nicht als erwiesen angenommen, da keine Fälle, in welchen dieser Grundsatz zur Anwendung gekommen, namhaft gemacht werden konnten.

B. **Bezüglich des Gegenstandes der Baufälle.**

Wo nicht in Folge Vertrags oder Herkommens etwas Anderes festgesetzt ist, und die Baulast auf den Besitz von kirchlichem Vermögen und kirchenrechtliche Bestimmungen sich gründet, erstreckt sich die Baulast

1) auf das Pfarrkirchengebäude.

Hierüber besteht überall kein Zweifel, wohl aber herrscht darüber Streit, ob auch die äußeren Zugehörden des Kirchengebäudes, sowie dessen innere Einrichtung in der Baulast begriffen sind. Betreffend

A) die äußeren Zugehörden und zwar

a) den Kirchthurm, so ist schon in der Monatschrift Bd. 20, S. 107—117 dargelegt worden, daß nach der von dem Obertribunal angenommenen Thesis derjenige, welcher das Kirchengebäude zu erhalten hat, regelmäßig und insbesondere, wenn die Baupflicht auf den Besitz von kirchlichem Vermögen sich gründet, auch zur baulichen Erhaltung und Herstellung des Kirchthurms verpflichtet ist. An dieser Thesis hat das Obertribunal auch inzwischen festgehalten und solche in der am 3. Juni 1854 entsch. Rt.S. des Spitals zu E. gegen die Gemeinde M., sowie in der am 22. Dez. 1854 entsch. Rt.S. der Gem. M. gegen die K. O.F.K. und in der am 21. Okt. 1856 entsch. Rt.S. der Gemeinde W. gegen R. zur Anwendung gebracht. Dieselbe gründet sich im Wesentlichen darauf, daß der Kirchthurm, zumal, wenn er wie gewöhnlich in einen baulichen Zusammenhang mit dem Kirchengebäude selbst steht, einen integrirenden Bestandtheil des letzteren bildet, auch seine Hauptbestimmung eine kirchliche ist, da die darin aufgehängten Glocken, wenn auch nicht ausschließlich, so doch vorzugsweise kirchlichen Zwecken dienen und mit dem heutigen Gottesdienst so eng zusammenhängen, daß Thurm und Glocken der Regel nach in der kleinsten

Kirche nicht mehr zu fehlen pflegen. Die Behauptung einer in der Diözese Würzburg bestehenden abweichenden, die Baulast am Kirchthurm auf die Gemeinde wälzenden Observanz hat das Obertribunal auch in den neueren Fällen nicht als erwiesen angenommen.[12]

b) Auch der die Kirche umgebende Kirchhof und dessen Umfassungsmauer ist als eine Zugehörde der ersteren von demjenigen zu unterhalten und herzustellen, welchem die Baulast an den kirchlichen Gebäuden überhaupt obliegt. Es gründet sich dieß auf die frühere Sitte, die Kirchen und den dieselben umgebenden, in früheren Zeiten regelmäßig als Begräbnißstätte benützten[13] freien Raum durch eine Mauer einzufriedigen, und die hieraus hervorgegangene Rechtsanschauung, jenen als Vorhof (atrium) der Kirche sich darstellenden Raum nebst der ihn umschließenden und eben dadurch zugleich zum Schutze der Kirche selbst dienenden Kirchhofmauer um dieser räumlichen Verbindung willen wo nicht als einen Theil des Kirchengebäudes, doch jedenfalls als eine Zugehörde desselben zu betrachten,[14] woraus sich dann die Gleichstellung

---

[12] Brater, Blätter für adm. Praxis, Bd. 8, S. 86—87, bemerkt, daß nach Würzburger Diözesan-Observanz die Dezimatoren-Konkurrenzpflicht in Bezug auf die Erbauung und Erhaltung der Kirchthürme, insoferne und insoweit solche dem Langhause nicht eingebaut seyen, ausgeschlossen seye, und diese Baupflicht lediglich den Gemeinden obliege. Eine Quelle, woraus diese Behauptung geschöpft ist, wird jedoch in den genannten Blättern nicht angeführt.

[13] Walter K.R. §. 269. Alex. Müller a. a. O. Bd. 1. S. 98. Lang im civ. Arch. Bd. 26. S. 334. Die ersten Kirchen wurden, wie die Geschichte lehrt, auf den Gräbern der Märtyrer zu ihrem Gedächtniß erbaut. Um die Gemeinschaft mit ihnen auch noch im Tode darzustellen, pflegten die ersten Christen die Nähe dieser Memorien zu ihrer Begräbnißstätte zu wählen, und diese Sitte wurde zuletzt so allgemein, daß überall der Vorhof der Kirchen zur regelmäßigen Ruhestätte gemacht wurde.

[14] Diese Rechtsanschauung tritt auch in Bestimmungen des canon. Rechts hervor. So wird in cap. un. de consecret. in VI. (3, 21.), nachdem ausdrücklich zwischen einem coemeterium eccle-

des Kirchhofs nebst Mauer mit dem Kirchengebäude bezüglich der Baulast von selbst ergab.[15]

Anlaß zu Streitigkeiten hierüber gibt in der Regel die Benützung des Kirchhofs als Begräbnißstätte. Dieser Umstand ändert jedoch an der Baulast nichts. Zwar ist es ein in der Natur der Sache liegender, in der Theorie und Praxis anerkannter Grundsatz, daß Begräbnißplätze als solche der Regel noch, und wenn nicht durch Vertrag oder Herkommen etwas Anderes festgesetzt ist, auf Kosten der Gemeinde angelegt, unterhalten und wieder hergestellt werden müssen, indem es sich hiebei nicht um Befriedigung eines kirchlichen Bedürfnisses, sondern von einer der Fürsorge der Gemeinde aus weltlichen Rücksichten der öffentlichen Wohlfahrt anheimfallenden Anstalt handelt.[16] Allein wo der, nach den obigen Grundsätzen von dem Kirchenbaupflichtigen zu unterhaltende Vorhof der Kirche herkömmlich als Begräbnißplatz benützt

---

siae contiguum und remotum unterschieden worden, in Hinsicht auf eine der ecclesia widerfahrene, einer geistlichen Rehabilitirung bedürfende Polluirung gesagt: „Pollutâ ecclesiâ pollutum est coemeterium illi contiguum sed non remotum," womit ausgesprochen ist, daß in der angegebenen Beziehung der mit der Kirche zusammenhängende Kirchhof ebenso kirchlich seye, als die ecclesia selbst. Auch andere Stellen des can. Rechts cap. 10. X. de immunit. eccles. et coemet. (3, 49) weisen auf eine solche Gleichstellung hin. Besonders bemerkenswerth sind hier die Worte: „in ipsis ecclesiis vel earum coemeteriis" insofern hier von, zu den Kirchen gehörigen, Kirchhöfen die Rede ist, worunter natürlich eben jene mit den Kirchen zusammenhängende Kirchhöfe zu verstehen sind.

[15] J. H. Böhmer. Jus eccl. lib. III. tit. 28. §. 19. Idem. Diss. de jure erigendi coemeteria cap. 2. §. 27. Sauter Fund. jur. eccles. §. 875. Alex. Müller encycl. Handbuch d. K. R. Bd. 1. S. 72. Held jur. pr. univ. L. III. P. II. p. 331. §. 54. 55. Anderer Ans. ist Lang a. a. O. S. 334—342.

[16]) G. L. Böhmer Princ. jur. can. §. 603. Held jurispr. univ. lib. III. P. II. p. 331. Martinengo (präs. Hauss) Diss. de eo quod justum est etc. §. 55. And. Müller Lexikon des K.-R. Bd. 1. S. 99. Lang a. a. O. S. 334. 335.

wird, kann diese Benützung ohne hiefür sprechende besondere Gründe zur Ueberwälzung der Baulast auf die Gemeinde nicht genügen. Dagegen beschränkt sich die dem Kirchenbaupflichtigen obliegende Baupflicht dem Grunde derselben gemäß auf die Verbindlichkeit zur Unterhaltung und Wiederherstellung des Kirchhofs in seiner Eigenschaft als Vorhof der Kirche und abgesehen von dem durch seine Benützung als Begräbnißplatz herbeigeführten Bedürfniß. Denn es hängt die Baupflicht mit dieser Benützung in keiner Weise zusammen, soferne nicht diese, sondern nur die aus der räumlichen Verbindung abgeleitete Eigenschaft des Kirchhofs und seiner Umfassung als Zugehörde des Kirchengebäudes den Grund der Bauverbindlichkeit abgibt. Es kann daher wegen eines nur durch die Benützung des Kirchhofs als Begräbnißstätte herbeigeführten Baubedürfnisses der Kirchenbauherr nicht in Anspruch genommen werden. Dieß gilt insbesondere, wenn eine Erweiterung des Kirchhofs deshalb nothwendig wird, weil der Raum desselben seiner Bestimmung als Begräbnißplatz nicht mehr genügt. Für diesen, mit den kirchlichen Bedürfnissen nicht im Zusammenhang stehenden, gesundheitspolizeilichen Zweck hat die Gemeinde einzustehen, welcher die Baulast an den Begräbnißplätzen als solchen obliegt, und dasselbe gilt aus demselben Grunde, wenn es sich um die Errichtung eines neuen Begräbnißplatzes an einem dritten Orte handelt.

An diesen Grundsätzen hat das Obertribunal in einer Reihe von Entscheidungen festgehalten,[17] und auch die Praxis

[17] Entscheidungen des Obertrib. v. 1. Sept. 1830 i. S. O. W. g. Z., v. 7. Febr. 1835 i. S. M. g. M., v. 20. Febr. 1836 i. S. O. W. g. K., v. 25. Janr. 1838 i. S. O. W. g. R., v. 25. Sept. 1838 i. S. F. g. H., v. 14. Nov. 1839 i. S. R. g. Qu. J., v. 9. März 1841 i. S. A. g. F., v. 6. Sept. 1842 i. S. L. g. H. K., v. 25. Okt. 1844 i. S. E. g. E., v. 31. Mai 1851 i. S. H. g. d. K.O.F.K., v. 11. Nov. 1851 i. S. B. g. W. B., v. 10. März. 1854 i. S. d. K.O.F.K. g. E., v. 22. Dez. 1854 i. S. M. g. d. K.O.F.K., v. 20. Mai 1857 i. S. B. g. d. K.O.F.K. — Vgl. auch Seuffert Archiv Bd. 4. Nr. 244. Bd. 5. Nr. 54.

des Ober-Ations-Gerichts zu Mannheim stimmt hiemit überein.[18]

B) Innere Einrichtung.

Der Regel nach bezieht sich die kirchliche Baulast nur auf die zweckentsprechende Herstellung des kirchlichen Gebäudes selbst und dessen begriffs-wesentliche und nothwendige Bestandtheile, wohin insbesondere Fenster, Thüren, Bodenpflasterung und dergl. gehören, nicht aber auf die innere Einrichtung der Kirche, soweit diese keinen Theil des Gebäudes selbst bildet. Zwar wird häufig geltend gemacht, daß, da das kirchliche Vermögen ursprünglich nicht blos zur Erbauung, Erhaltung und Wiederherstellung der Kirchengebäude selbst, sondern auch zur Anschaffung und Erhaltung einer durch die Ausübung des Gottesdiensts erheischten, entsprechenden innern Ausstattung desselben bestimmt gewesen sey und diese Bestimmung dadurch, daß es in andere Hände gekommen, nicht habe verlieren können, der dritte Besitzer kirchlichen Vermögens für das ganze Bedürfniß der Kirche einzutreten habe. Allein die Verbindlichkeit des dritten Besitzers von kirchlichem Vermögen ist enger begrenzt, als dessen ursprüngliche Bestimmung, wie z. B. das im Besitze der Kirche selbst befindliche Vermögen derselben auch zu Bestreitung der Kultbedürfnisse zu dienen hat, während das canonische Recht eine allgemeine Verbindlichkeit des dritten Besitzers hiezu nicht kennt. Dessen Verbindlichkeit hat ihren Grund in den canonischen Satzungen; durch diese wurde aber nur die Beitragspflicht zur Ausbesserung und Wiederherstellung (reparatio, restauratio, refectio, emendatio, institutio) der Kirchengebäude (die Gesetze reden von domus ecclesiarum et tegumenta, tecta ecclesiae vel ipsae ecclesiae) ausgesprochen, während von der innern Einrichtung der Kirche überall keine Rede ist. So wurde schon in der Frankfurter Synode, in Uebereinstimmung mit einem Capitulare Karl's des Großen von 779, die Bestimmung getroffen, es sollen diejenigen, qui beneficia ex ecclesia habent,

[18] Seuffert Archiv Bd. 1, Nr. 226.

Beihilfe zu leisten haben, „ut domus ecclesiarum et tegumenta fiant emendata vel restaurata“, ebenso wurde in dem can. 42 der Mainzer Synode von 813, welcher in das cap. 1. X. de eccles. aedif. (3, 48) aufgenommen worden ist, bestimmt: „Quicunque ecclesiasticum beneficium habent, adjuvent ad tecta ecclesiae restauranda, vel ipsas ecclesias emendandas“, und in dem cap. 4. X. eod. ist gesagt, es sollen diejenigen, qui parochiales ecclesias habent, angehalten werden „ad reparationem et institutionem ecclesiarum.“ [19] Manche wollen zwar gerade in letzterer Stelle die Verbindlichkeit des dritten Besitzers von kirchlichem Vermögen zu Tragung des Aufwands auch für die innere Einrichtung der Kirche ausgesprochen finden, indem sie den Ausdruck „institutio“ mit „innere Einrichtung“ übersetzen, während dieser Ausdruck offenbar im Gegensatz zur bloßen „reparatio“ (Ausbesserung) die Errichtung, den Wiederaufbau einer nicht mehr zu reparirenden Kirche bezeichnet, wie denn auch in einigen Cod. statt „institutio“ das Wort „instructio“ sich findet, dessen Bedeutung einen Zweifel nicht zuläßt, [20] und in cap. 6. X. eod. tit. „institutio“ gleichbedeutend mit „ecclesias erigere“ genommen wird. Auch das Capitulare Karl's des Großen von 801, worin bestimmt ist, daß die von den Priestern bezogenen Zehnten in drei Theile getheilt werden, und hievon der erste „ad ornamentum ecclesiae“ bestimmt seyn solle, [21] beweist nichts für eine Verbindlichkeit des dritten Besitzers von kirchlichem Vermögen zu Tragung der Kosten der inneren Einrichtung der Kirchen. Denn in jenen früheren Zeiten, wo noch alle kirchlichen Einkünfte in den Händen der Bischöfe und später der Pfarrgeistlichen zusammenfloßen, und diese nach Vorschrift der kirchlichen Satzungen von den drei, beziehungsweise später vier Theilen, in welche ihre Ein-

---

[19] Reinhardt, kirchl. Baulast S. 5, 6, 11, Brendel, K.-R. Bd. 2, S. 1297.

[20] Reinhardt a. a. O. S. 13, Permaneder kirchl. Baulast §. 8. Note 5, Lang a. a. O. S. 310.

[21] Reinhardt a. a. O. S. 5.

künfte von ihnen getheilt werden mußten, einen für die Unterhaltung der Kirchen zurückzulegen hatten, nahm dieser Theil seiner ganzen Bestimmung nach die Stelle des eigentlichen Kirchenfonds ein, und hatte als solcher allen kirchlichen Bedürfnissen zu dienen, somit auch zur innern Einrichtung der Kirchengebäude, ad ornamentum ecclesiae, die Mittel herzugeben. Hieraus folgt aber nichts bezüglich der Beitragsverbindlichkeit dritter Besitzer kirchlicher Einkünfte, worüber das erwähnte Capitulare überall nichts bestimmt hat. So wenig hienach die älteren canonischen Satzungen über eine auf die innere Ausstattung der Kirchen sich erstreckende Verbindlichkeit dritter Besitzer kirchlicher Einkünfte etwas enthalten, so bestimmt ebenso das Conc. Trid. sess. 21. cap. 7. de ref. nur im Allgemeinen, daß die Besitzer kirchlicher Einkünfte zur Beihilfe angehalten werden sollen: „Parochiales ecclesias instaurari“. Zwar wollen Manche aus den Eingangsworten der angeführten Stelle des Trid. Concils: „cum illud quoque valde curandum sit, ne ea, quae sacris ministeriis dedicata sunt, temporum injuria obsolescant, et ex hominum memoria excidant“, da hier im Allgemeinen von der Sorge für Erhaltung der zum Gottesdienst bestimmten Sachen die Rede ist, eine Ausdehnung der Baulast auf alle Kultbedürfnisse finden.[22] Allein nach dem ganzen Zusammenhang lassen die angeführten, nur das Motiv für die darauffolgende gesetzliche Bestimmung enthaltenden Worte eine solche Erklärung nicht zu, zumal die Gesetzesworte selbst ausdrücklich nur von der Wiederherstellung der Kirchen reden. Läßt sich sonach auch aus dem tridentinischen Concil eine Verpflichtung zur inneren Ausstattung der Kirche nicht ableiten, so erscheint es als zureichend gerechtfertigt, daß Doktrin und Praxis die Verpflichtung der Besitzer kirchlicher Einkünfte auf Tragung der Baulast an den

---

[22] Tafel Civilrechtsspr. Bd. 3, S. 39.

Kirchengebäuden selbst und ihren wesentlichen Bestandtheilen beschränkt haben.[23]

Vorstehende Ausführung ist den Entsch.-Gründen des Obertribunals zu dem Erk. vom 4./5. April 1856 in der At.S. der Gemeinde B. g. die gr. W. B. St. H. und zu dem Erk. v. 23. Febr. 1858 in der At.S. der Gemeinde K. g. die St. H. O. W. entnommen; es lagen jedoch dieselben Grundsätze auch den hienach zu erwähnenden früheren Entscheidungen im Wesentlichen zu Grunde.[24]

a) Der Altar gehört zur inneren Einrichtung der Kirche; allein es ist derselbe mit dem Kirchengebäude selbst regelmäßig in baulicher Verbindung und erscheint als ein wesentlicher Bestandtheil desselben, da das zur Kirche bestimmte Gebäude ohne Altar noch keine Kirche ist, und seine Errichtung daher zur Vollendung des Kirchenbaues wesentlich gehört.[25] Insbesondere gilt dieß von dem Hochaltar in katholischen Kirchen, welcher zur Celebration des den Mittelpunkt des ganzen katholischen Kultus bildenden Meßopfers schlechthin erforderlich ist. Das Obertribunal hat daher in der schon angeführten, am 23. Febr. 1858 entsch. At.S. der Gemeinde K. gegen die St. H. O. W. den Kirchenbaupflichtigen zur Herstellung und Unterhaltung des Hochaltars für verpflichtet erklärt, dagegen in Uebereinstimmung mit einer früheren Entsch. v. 7. Jan. 1854 in S. N. u. W. gegen N. H. u. F. ausgesprochen, daß eine gleiche Verpflichtung bezüglich der Seitenaltäre

---

[23] Hiemit stimmt auch überein Seuffert Blätter f. Rechtsverw. Bd. 4, S. 102. 103.

[24] Unrichtig ist es, wenn in den von Tafel a. a. O. Bd. 3, S. 39 abgedruckten Entsch.-Gr. eines Ger.-Hfs. angeführt wird, daß das Obertribunal das Bestehen einer, die kirchliche Baulast auf alle Kultbedürfnisse ausdehnenden Observanz der vormaligen Diözese Constanz als erwiesen angenommen habe. Auch für diese ehemalige Diözese gelten vielmehr die oben ausgeführten Grundsätze.

[25] Eichhorn K.-R. Bd. 2, S. 800. Seuffert a. a. O. S. 103.

nicht bestehe, da solche keinen wesentlichen Bestandtheil einer Kirche bilden, wenn sie auch zur Förderung der Liturgie dienen.[26]

b) Von der Kanzel gilt dasselbe, wie von dem Hauptaltar. Sie ist regelmäßig mit der Kirche selbst baulich verbunden und bildet einen heutzutage in keiner Kirche fehlenden nothwendigen Bestandtheil derselben, daher auch ihre Erbauung und Unterhaltung dem Kirchenbaupflichtigen obliegt. Entsch. des Obertrib. v. 23. Febr. 1858 in S. K. g. St. H. O. W.

c) Dagegen ist die Verbindlichkeit zur Anschaffung und Unterhaltung der Orgel nicht in der kirchlichen Baulast begriffen, wie auch von der Doktrin gewöhnlich angenommen wird.[27] Denn wenn auch der einzige Zweck der Orgel ist, zum Gottesdienste zu dienen, und dieselbe nach heutiger kirchlicher Sitte bei Begehung des Gottesdienstes allgemein benützt wird, und daher in keiner Kirche zu fehlen pflegt, was Mayer[28] für die Ausdehnung der kirchlichen Baulast auf die Orgeln geltend macht, so bildet sie doch weder einen integrirenden Bestandtheil des Kirchengebäudes selbst, noch läßt sie sich als eine begriffs-wesentliche Zugehörung desselben betrachten, zumal die Kirche auch ohne Orgel zu Ausübung des Gottesdienstes zu dienen geeignet ist, wie auch in früheren Zeiten keine Orgeln in den Kirchen sich befanden. Die Orgel gehört vielmehr als ein zur Erhöhung der kirchlichen Feier dienendes Instrument zur innern Einrichtung der Kirche, auf welche

---

[26] Hienach ist die Anführung von Hummel a. a. O. S. 69 zu berichtigen.

[27] Martinengo (Hauss.) a. a. O. §. 53 p. 105. Gründler Verb. z. Beitr. d. Kosten d. Kultgeb. S. 91. Reinhardt a. a. O. S. 89. Permaneder a. a. O. §. 81, Note 1. 2. Seuffert u. Glück a. a. O. Bd. 4, S. 103. Lang a. a. O. Bd. 26. S. 317. Weiß Archiv, Bd. 5, S. 237.

[28] In der Zeitschr. f. d. Rechtsw. v. Beseler, Reyscher und Wilda Bd. 10, S. 103.

die kirchliche Baulast, wie oben ausgeführt worden, regelmäßig sich nicht erstreckt. In dieser Weise hat sich das Obertribunal in allen vorgekommenen Fällen ausgesprochen.[29]

d) Auch die Anschaffung und Erhaltung der Kirchenstühle sammt dem ihnen zur Unterlage dienenden, dazu gehörigen Roste liegt dem Kirchenbaupflichtigen der Regel nach nicht ob, da dieselben keinen wesentlichen, die Möglichkeit eines anständigen Gottesdiensts bedingenden Bestandtheil des Kirchengebäudes selbst bilden, sondern nur eine zur Bequemlichkeit der Gemeinde dienende innere Einrichtung sind.[30]

e) Ebenso fällt der Beichtstuhl unter denselben Grundsatz, da er kein Bestandtheil des Gebäudes ist.

f) Dasselbe gilt von den Requisitenkästen und

g) von dem Weihkessel.[31]

h) Deßgleichen sind auch die Kirchenglocken nicht von dem Kirchenbaupflichtigen zu erhalten und anzuschaffen, da dieselben, wenn man sie auch nach der heutzutage bestehenden kirchlichen Sitte als etwas für den Gottesdienst Wesentliches betrachten will, kein Bestandtheil des Gebäudes sind, sondern zu der innern Einrichtung gehören.[32]

---

[29] Entsch. d. O.-Trib. v. 23. Juni 1838 in S. M. g. H. O., v. 7. Jan. 1854 in S. R. u. W. g. R. H. u. F., v. 22. Dez. 1854 in S. M. g. d. K.O.F.K. v. 4./5. April 1856 in S. B. g. W. B., v. 14. Okt. 1856. in S. M. g. H. B., v. 23. Febr. 1858 in S. K. g. O. W.

[30] Permaneder a. a. O. §. 80, 81, Note 1. Seuffert u. Glück a. a. O. Bd. 4, S. 103. Entsch. d. O.-Trib. v. 7. Jan. 1854 in S. R. u. W. g. R. W. u. F., v. 4./5. Apr. 1856 in S. B. g. W. B., v. 23. Febr. 1858 in S. K. g. O. W. Auch in dieser Beziehung ist die Anführung von Hummel a. a. O. S. 69 zu berichtigen.

[31] Entsch. d. O.-Trib. v. 4./5. April 1856 in. S. B. g. W. B.

[32] Entsch. d. O.-Trib. v. 22. Dez. 1854 in S. M. g. d. K.O.F.K. u. v. 23. Febr. 1858 in S. K. g. O. W. — Reinhardt a. a. O. S. 89, 90. Seuffert u. Glück a. a. O. Bd. 4, S. 103; dagegen Mayer a. a. O. S. 90 ff. insbes. 98 ff. Tafel a. a. O. Bd. 3, S. 40—46 enthält unter der Ueberschrift „Ueber die Verb. zu Her-

i) Die in dem Kirchthurm gewöhnlich angebrachten Schlaguhren bilden weder einen Bestandtheil noch eine wesentliche Zugehörung des Kirchengebäudes, zumal sie nicht einmal zu den für gottesdienstliche Zwecke bestimmten Requisiten gezählt werden können; es ist daher die Verb. zu deren Anschaffung und Erhaltung in der Kirchenbaupflicht nicht inbegriffen.[33]

2) Filialkirchen. Folgen der Umpfarrung.

Unter Filialkirche im eigentlichen Sinn versteht man eine Kirche, welche sich in einem zur Parochie gehörigen Filialorte befindet, und, wenn gleich in einem gewissen Abhängigkeitsverhältniß zu der Mutterkirche stehend, doch zur Abhaltung eines regelmäßigen pfarrlichen Gottesdienstes und zu Ausübung der pfarrlichen Seelsorge für die Filialisten zunächst und hauptsächlich bestimmt ist, somit in Beziehung auf diese die Stelle der Pfarrkirche vertritt.[34] Die Frage, ob die Baulast an der Mutterkirche auch die Verbindlichkeit zur baulichen Herstellung und Erhaltung einer solchen Filialkirche in sich begreife, wird von Manchen für den Fall bejaht, wenn die Errichtung der Filialkirche und die Abhaltung eines regelmäßigen pfarrlichen

---

stellung der Kirchenglocken und des Glockenstuhls" den Abdruck v. E.G. d. O.-Trib. in der am 8., nicht am 28. Jan., 1841 entsch. Rt.S. d. K.F.K. g. St.; diese gehören jedoch nicht hieher, wie man nach der Ueberschrift glauben könnte, da in besagtem Falle die Klage auf Wiederherstellung der Glocken und des Glockenstuhls wegen mangelnden Beweises der Kirchlichkeit des Zehnten abgewiesen wurde, und die Frage über die Verb. des Besitzers kirchl. Einkünfte zu Herstellung der Kirchenglocken gar nicht in Frage kam.

[33] Entsch. d. O.-Trib. v. 8. Janr. 1850 in S. H. g. R., v. 22. Dez. 1854 i. S. M. g. d. K.O.F.K., v. 9. Okt. 1855 i. S. d. K.O.F.K. g. K., v. 4./5. April 1856 i. S. B. g. W. B. — Seuffert Archiv B. 4, S. 131. Lang a. a. O. Bd. 26, S. 317. — Reinhardt a. a. O. S. 90. Permaneder a. a. O. §. 81 Note 1, 4. Gründler a. a. O. S. 90, 91.

[34] Entsch. d. O.-Trib. v. 7. Juni 1848 in S. S g. R.

Gottesdienstes in derselben wegen großer Entfernung des Filials vom Pfarrorte oder sonstiger Schwierigkeit der Kommunikation nothwendig gewesen sey.[35] Allein die hiefür geltend gemachte Verfügung des Pabstes Alexander **III.** cap. 3. de eccl. aed. (3, 48), welche auch in das Trid. Concil sess. 21. cap. 4 aufgenommen worden ist, ordnet nur an, daß der Parochus der Mutterkirche die von ihm seither bezogenen Einkünfte des Filials, soweit sie zu seinem eigenen Unterhalt nicht erfordert werden, zur Dotirung einer in dem Filial nothwendig gewordenen neuen Kirche herzugeben habe. Von dem dritten Besitzer kirchlicher Einkünfte ist jedoch hier keine Rede, und es kann fragliche Bestimmung nicht ohne Weiteres auf ihn ausgedehnt werden. Zwar ist außer Zweifel, daß wenn bei Errichtung einer Filialkirche die bisher der Pfarrkirche zugestandenen Einkünfte des Filials der Filialkirche zugewiesen worden und letztere später in dritte Hände gekommen sind, der dritte Besitzer die subsidiäre Baulast an der Filialkirche und nicht an der Pfarrkirche zu tragen hat. Allein wenn eine solche Uebertragung der Einkünfte nicht stattgefunden hat oder die Filialkirche errichtet wird, nachdem die Einkünfte des Filials längst in dritte Hände gekommen, kann demjenigen, welcher in Folge dieses Besitzes die Baulast an der Pfarrkirche hat, um dieses Besitzes willen nicht auch die Baulast an der Filialkirche auferlegt werden. Denn wollte man auch davon, daß das Trid. Concil dem Besitzer kirchlichen Vermögens nur die Wiederherstellung und Erhaltung der Pfarrkirchen (Parochiales ecclesiae) auferlegt, absehen und die Filialkirchen im eigentlichen Sinn gleichfalls hierunter begreifen, so kommt entscheidend in Betracht, daß das in dritten Händen befindliche kirchliche Vermögen nach den mit den ältern kirchenrechtlichen Bestimmungen übereinstimmenden Worten

---

[35] v. Espen, Jus eccl. P. II. T. 16 XIX. Held juris. pr. univ. lib. III. P. II pag. 355. Hummel a. a. O. S. 68, und 80–85.

des Trid. Concils „ex dictis ecclesiis provenientes“ nur zur Erhaltung und Wiederherstellung derjenigen bestimmten Kirche in Anspruch genommen werden kann, von welcher dasselbe herrührt.[36] Hienach hat das von der Pfarrkirche herrührende Vermögen der Regel nach nur zur baulichen Erhaltung und Herstellung von dieser zu dienen und nur, wenn die Filialkirche mit eigenem Vermögen dotirt gewesen, und dieses in dritte Hände gekommen, können die hievon herrührenden kirchlichen Einkünfte zu den auf die Filialkirche zu verwendenden Baukosten beigezogen werden.

Erleidet aber die kirchliche Baulast regelmäßig und abgesehen von besonderen Verpflichtungsgründen keine Ausdehnung auf die Filialkirchen, so folgt schon hieraus, daß auch eine mit dem Filial vorgehende Aenderung, sey es durch dessen Umpfarrung zu einer andern Parochie oder die Erhebung zu einer selbstständigen Pfarrei an sich keinen Einfluß auf die kirchlichen Baulastverhältnisse haben kann. Der dritte Besitzer kirchlichen Vermögens hat nach wie vorher die Baulast an der Pfarrkirche, von welcher jenes Vermögen herrührt, zu tragen, während ihn die bauliche Herstellung und Erhaltung der neuen Pfarrkirche des bisherigen Filials, zu welcher das von ihm besessene kirchliche Vermögen in keiner Beziehung steht, nicht berührt. Soll der betreffende Theil des kirchlichen Vermögens und damit auch die Baupflicht des dritten Besitzers auf die neue Pfarrkirche des bisherigen Filials übertragen werden, so kann dieß nur in Folge besonderer Bestimmung oder Vereinbarung geschehen, während, wo dieß nicht geschieht, auch die Einkünfte, Zehnten und Gefälle des bisherigen Filials in ihrer Verbindung mit der bisherigen Mutterkirche verbleiben, und daher auch nur zu den Kosten der baulichen Herstellung und Erhaltung von dieser beigezogen werden können. Ob eine Lostrennung der kirchlichen Einkünfte des bisherigen Filials aus dem Verbande mit der bis-

---

[36] Dieser von dem O.-Trib. auf das konstanteste festgehaltene Satz wird an anderer Stelle seine nähere Begründung finden.

herigen Pfarrkirche und eine Uebertragung derselben auf die neue Pfarrkirche im einzelnen Falle stattgefunden hat, ist eine Thatfrage und von demjenigen zu beweisen, der sie behauptet.[37]

3) Kapellen.

Daß die Baupflicht an Kapellen und Nebenkirchen in der Baupflicht an der Hauptkirche an und für sich nicht begriffen ist, steht außer Zweifel. Dieselben sind vielmehr von denen zu unterhalten und herzustellen, zu deren Vortheil sie dienen. Weigern sich diese, und es ist kein besonderer Fond zur Herstellung vorhanden, so gestattet das Tridentinum sess. 21. cap. 7. de ref. die Vereinigung der ruinosen Kapelle mit der Mutterkirche oder die Verwendung der damit verbundenen Pfründe zu andern kirchlichen Zwecken.[38]

4) Pfarrhäuser.

Die Pfarrhäuser stehen nach konstanter, auf die Decl. Card. interpr.[39] gestützter Praxis in Absicht auf die Baulast im Allgemeinen den Kirchengebäuden gleich und sind nach denselben Grundsätzen zu behandeln.[40]

---

[37] An diesen Grundsätzen hat das O.-Trib. stets festgehalten. Entsch. v. 30. Juni 1835 in S. R. g. F., v. 18. Juli 1837 in S. E. g. d. K.F.K., v. 31. März 1840 in S.W. g. Sch., v. 6. Okt. 1845 in S.O. g. d. K.F.K., v. 22. Jan. 1847 in S. Sch. g. d. K.F.K., v. 26. März 1847 in S. B. g. Th. u. T., v. 22. Dez. 1854 in S. M. g. d. K.O.F.K., v. 30. März 1855 in S. E. g. d. K.O.F.K., v. 20. Mai 1857 in S.B. g. d. K.O.F.K., v. 19. Juni 1857 in S.Bl. g. d. K.O.F.K. — Seuffert Archiv Bd. 4. N. 71.

[38] Entsch. d. O.-Trib. v. 7. Juni 1848 in Sachen S. g. R. zu vgl. die Entsch. v. 26. März 1847 in S. B. g. Th. u. T. u. v. 2. Sept. 1856 in S. E. g. Sch.

[39] „Idem censuit Congregatio de domibus pro necessaria Parochi habitatione intelligendum, quod de Ecclesiis Parochialibus decisum est, omni contradictione remota.“

[40] Monatchrift Bd. 1, S. 142. Reinhardt a. a. O. S. 17. 87. Permaneder a. a. O. §. 31 u. 59. Brendel K.-R. Bd. 2, §. 437. Entsch. d. O.-Trib. v. 25. Sept. 1846 in S. N. g. d. K.F.K., v. 20. Mai 1857 in S. B. g. d. K.O.F.K.

5) Die pfarrlichen Oekonomie-Gebäude.

Ebenso erstreckt sich die kirchliche Baupflicht auch auf die nothwendigen Oekonomiegebäude des Pfarrers, Scheuer, Stallung u. s. w. Denn derjenige, welchem die Baulast an dem Pfarrhause obliegt, ist verbunden, sämmtliche für die Bedürfnisse des Pfarrers erforderlichen Gebäude zu erhalten und herzustellen, und die Oekonomiegebäude sind da, wo der Pfarrer vermöge seiner Pfründe auf den Betrieb der Landwirthschaft angewiesen ist, diesem so nothwendig, als das Wohngebäude selbst. Sie sind daher als zum Komplex der Pfarrwohnung gehörig und gleich dieser als kirchliche Gebäude zu betrachten. Hinsichtlich solcher baulichen Einrichtungen, welche, wie ein Wasch- oder Backhaus auch ohne Landwirthschaft schon zu Führung eines Hauswesens überhaupt erforderlich sind, kann die Gleichstellung mit dem Wohnhaus ohnedieß einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen.[41]

6) Meßnerswohnung.

Da die Verrichtungen eines Meßners unläugbar kirchliche, wenn schon von niederer Art als diejenigen des Geistlichen selbst sind, indem sie sich ebenfalls auf Gegenstände des Kultus beziehen, der Meßner daher zu der Klasse der niederen Kirchendiener gehört, so werden von der Praxis auch die Meßnerswohnungen den kirchlichen Gebäuden beigezählt, und sind gleich den Pfarrhäusern von demjenigen im baulichen Stand zu erhalten, welchem die Baulast an den Kirchengebäuden obliegt.[42] Doch kann die Verbindlichkeit zum

---

[41] Entsch. d. O.-Trib. v. 13. Dez. 1839 in S. A. g. A., v. 25. Sept. 1846 in S. N. g. d. K.F.K., v. 14. Febr. 1849 in S. W. g. Z. — Reinhardt a. a. O. S. 88. Permaneder a. a. O. S. 53, §. 31. Note 2 u. §. 59. Brendel a. a. O. Bd. 2, §. 437.

[42] Entsch. d. O.-Trib. v. 25. Sept. 1838 in S. F. g. H. u. v. 18. Nov. 1842 in S. d. K.F.K. g. T. — Permaneder a. a. O. §. 60. Helfert v. kirchl. Geb. §. 23, S. 76. 77. Schenkl, Inst. jur. Eccl. Tom. II. §. 761 note XXX p. 550. And. Müller Lex. d. K.-R. Bd. 1, S. 77. Held jur. pr. univ. Lib. III. P. II. nro. 49.

Bau eines Meßnerhauses dem Kirchenbaupflichtigen nur da aufgebürdet werden, wo ein Meßnerhaus bisher schon existirt hat, und dessen Benützung zum Amtseinkommen des jeweiligen Meßners gehört. Denn das Vorhandenseyn eines Meßnerhauses ist kein absolut wesentliches Bedürfniß einer jeden Parochie, nicht jeder Meßner hat als solcher auch eine Wohnung anzusprechen. Wo daher ein Meßnerhaus nicht hergebracht ist, kann dem Baupflichtigen nicht durch Erbauung eines solchen eine neue Last aufgelegt werden.[43]

Zu besonderem Zweifel kann es Anlaß geben, wenn, wie häufig der Fall, der Meßner zugleich Schullehrer ist. In einem solchen Falle kann zweifelhaft seyn, ob die dem Meßner und zumaligen Schulmeister eingeräumte freie Wohnung zu dem Meßnereinkommen gehört oder ob sie dem Schullehrer eingeräumt worden. Läßt sich dieser Zweifel nicht heben, so kann dem Kirchenbaupflichtigen, welcher nur zur baulichen Erhaltung und Herstellung eines Meßnerhauses verbunden ist, die Baulast an dem fraglichen Hause nicht zugeschieden werden. Steht aber die Bestimmung des Hauses als Meßnerhaus fest, so kann anderer Seits der Kirchenbaupflichtige darum, weil der Meßner zugleich Schulmeister ist, die Baupflicht nicht von sich abwälzen. In der am 25. Septbr. 1838 entsch. At.S. F. g. H. wurde sogar angenommen, daß selbst durch die Einrichtung der Schulstube in dem Meßnerhaus an der Baulast nichts geändert werde, da die Bestimmung des Hauses als Meßnerhaus die ältere sey, und das Haus die Eigenschaft als Amtswohnung eines Kirchendieners durch die Einrichtung einer Schulstube in demselben nicht habe verlieren können, es sich vielmehr höchstens darum handeln könnte, die Baulast zwischen dem Kirchenbaupflichtigen und der schulhausbaupflichtigen Gemeinde nach gewissem Verhältnisse zu theilen.[44]

---

p. 387. **Weiß** Archiv S. 235. **Cramer**, opusc. Tom. II. nr. 33 §. 2. p. 663.

[43] Entsch. d. O.-Trib. v. 26. Janr. 1847 in S. W. g. O.

[44] Anderer Ansicht ist wohl nicht ohne Grund **Hummel**

7) Schulhäuser.

Die Verbindlichkeit zur baulichen Erhaltung und Herstellung der Schulgebäude ist in der kirchlichen Baulast nicht von selbst schon inbegriffen, sondern es setzt dieselbe das Vorhandenseyn eines besondern Verpflichtungsgrunds voraus. Insbesondere wird durch den Besitz des örtlichen Kirchenvermögens eine Bauverbindlichkeit bezüglich des Schulhauses nicht begründet, es wäre denn jenes Vermögen für die Zwecke der Schule und die Tragung der Schulhausbaukosten besonders bestimmt gewesen. Ist dieß nicht der Fall und sind keine für Schulzwecke bestehende örtliche Stiftungen vorhanden, welche für die Schulhausbaukosten in Anspruch genommen werden können, so hat der Regel nach und soweit nicht durch Vertrag oder Herkommen etwas Anderes bestimmt ist, die Gemeinde die Schulhausbaukosten zu tragen. Zwar fehlt es nicht an Solchen, welche aus der Entstehungsgeschichte des Schulwesens und der wenigstens früher bestandenen engen Verbindung zwischen Kirche und Schule den Beweis führen wollen, daß der Aufwand auf die Schule als unter den Zwecken und Bedürfnissen der Kirche mitbegriffen zu betrachten sey, und das im Allgemeinen zu Tragung des kirchlichen Aufwands einer Gemeinde bestimmte Kirchenvermögen daher auch den Zwecken der Schule zu dienen habe.[45] Allein eine so unläugbare geschichtliche Thatsache es auch ist, daß die erste Sorge für den Unterricht von der Kirche ausging und anfänglich und längere Zeit hindurch die Schulen, welche entweder, wie die Pfarrschulen, vorzugsweise, ja fast ausschließlich zur Ertheilung des ersten Religionsunterrichts, oder, wie die Kloster- und Stiftsschulen, zur Erziehung von niederen Kirchendienern und zur Vorbildung für die eigentlichen

a. a. O. S. 77. 78. Zum Mindesten wird eine verhältnißmäßige Vertheilung der Baulast in einem solchen Falle stets zu erfolgen haben, wie dieß in Bayern offenbar ganz zweckmäßig gesetzlich bestimmt ist. Permaneder a. a. O. §. 85.

[45] Pfizer rechtl. Gutachten S. 24—29. Dagegen Daniel in der Monatschr. Bd. 13, S. 267—271.

Kirchenämter bestimmt waren,[46] und somit rein kirchliche Zwecke verfolgten, ebendaher in der That nichts Anderes waren, als eine kirchliche Anstalt, so ist doch schon im kanonischen Recht eine grundsätzliche Bestimmung des Kirchenvermögens zu Tragung sämmtlichen Aufwands für die Bedürfnisse der Schule oder insbesondere der Kosten für die Herstellung und Erhaltung von Schulgebäuden nirgend ausgesprochen. Die hiefür angeführte Stelle des kanonischen Rechts cap. 3. X. de vita et honest. cleric. (3, 21) handelt nur von der seit der karolingischen Zeit jedem Pfarrer auferlegten Verpflichtung, einen zugleich mit dem Amte des Küsters zu betrauenden niederen Kleriker als Lehrer für den ersten Unterricht der Pfarrkinder im Christenthum zu halten. Allein das Anerkenntniß einer Verpflichtung des Kirchenvermögens zu Tragung der Kosten des Volksunterrichts kann hierin schon darum nicht gefunden werden, weil es sich bei gedachter Einrichtung wohl ausschließlich nur von dem Religionsunterricht, also einem rein kirchlichen Zwecke, handelte, und nicht einmal Schreiben und Lesen gelehrt wurde. Zudem bestanden zu jener Zeit überall noch keine Schulgebäude, und daß deren Einrichtung und Unterhaltung als eine kirchliche Last betrachtet worden, dafür liefert das kanonische Recht keinen Anhaltspunkt. Ueberall, wo der von dem Kirchenvermögen zu tragenden Baulast gedacht wird, geschieht nur der Kirchengebäude, domus ecclesiarum et tegumenta, tecta ecclesiae vel ipsae ecclesiae Erwähnung,[47] und insbesondere spricht auch das, die bestehenden Grundsätze über kirchliche Baulast zusammenfassende, Trid. Concil nur davon, daß die Pfarrkirchen, Parochiales ecclesiae, aus dem kirchlichen Vermögen erhalten werden sollen,[48] was die Declarationes Congreg.

---

[46] Brendel K.-R. Bd. 2. §. 443. S. 1320. 1321. Richter K.-R. §. 283. Eichhorn K.-R. Bd. 2, S. 628—631. Walter K.-R. §. 201.

[47] cap. 1. X. de eccles. aedif. (3,48) cap. 4. X. eod. Reinhardt a. a. O. S. 5. 6. 11.

[48] Conc. Trid. sess. XXI. cap. 7 de ref.

Card. interpr. nur auf die Pfarrhäuser ausgedehnt haben, während einer Bestimmung des kirchlichen Vermögens zur baulichen Herstellung und Erhaltung der Schulgebäude überall nicht gedacht wird. Fehlt es aber schon im kanonischen Rechte und für eine Zeit, wo die Schulen noch eine vorwiegend kirchliche Richtung hatten und vorzugsweise unter Leitung und Aufsicht der Kirche standen, an einer die Schul- und Kirchengebäude bezüglich der Baulast gleichstellenden Bestimmung, so kann von einer solchen Gleichstellung bezüglich der heutigen Volksschulen noch weniger die Rede seyn, welche, wenn auch der Kirche ein gewisses Aufsichtsrecht und eine Mitwirkung bezüglich des Religionsunterrichts geblieben ist, doch nach ihrer ganzen Richtung und Stellung vorzugsweise als Staatsanstalten erscheinen,[49] und ganz andere als bloß kirchliche Zwecke verfolgen. Zu Tragung des für diese Schulen erforderlichen Aufwands, welcher lediglich durch die mit der Kirche und Religion außer aller Verbindung stehenden Anforderungen der Neuzeit sich unverhältnißmäßig gesteigert hat, kann das kirchliche Vermögen um der einstigen Verbindung der Kirche und Schule willen, ohne das Hinzutreten eines besonderen Rechtsgrunds nicht in Anspruch genommen werden, vielmehr ist die Tragung dieses Aufwands regelmäßig eine Obliegenheit der Gemeinden,[50] was für Württemberg das

---

[49] Richter K.-R. §. 283. Brendel K.-R. §. 443 a. E. Eichhorn K.-R. S. 644. 645 Selbst Walter K.-R. §. 336, wenn er gleich unter Vorausschickung des hier nicht weiter zu beleuchtenden Satzes, daß bei Volksschulen weniger der Unterricht, als die christliche Erziehung die Hauptsache sey, deren Aufsicht und Leitung für die Kirche beansprucht, muß anerkennen, daß die Neuzeit hierin anderer Ansicht ist und die Volksschulen zu einer Staats- oder Kommunalangelegenheit gemacht hat.

[50] Brendel K.-R. §. 443 a. E. Permaneder a. a. O. §. 84. 85. Gaupp K.-R. Bd. 1, S. 31. — Entsch. d. O.-Trib. v. 7. Nov. 1838 in S. H. O. g. J., v. 25. Aug. 1841 in S. H. B. g. M., v. 18. Okt. 1851 in S. H. g. H. K., vom 12. Juni 1852 in S. H. O. g. J. u. E., v. 8. Juli 1852 in S. M. g. d. K.O.F.K., v. 4. Aug. 1855 in S. H. L. g. J.

Gesetz vom 29. Septbr. 1836 in Betreff der Volksschulen Art. 18[51] bestätigt hat. Denn indem hier bestimmt ist, daß, wo nicht besondere örtliche Stiftungen für Schulzwecke bestehen, oder besondere Rechtstitel einen Dritten hiezu verpflichten, die Verbindlichkeit zu Tragung des Schulaufwands auf der Gemeinde ruhe, ist ebendamit ausgesprochen, daß das für die Schule nicht besonders gestiftete kirchliche Vermögen für Schulzwecke nicht einzutreten habe. Kann aber das örtliche Kirchenvermögen als solches für die Bedürfnisse der Schule überhaupt nicht in Anspruch genommen werden, so kann noch weniger der dritte Besitzer von kirchlichem Vermögen um dieses Besitzes willen zu Leistungen für die Schule gehalten seyn, da ja das von ihm besessene Kirchenvermögen, auch wenn dasselbe im Besitze der Kirche selbst geblieben wäre, für die Zwecke der Schule nicht dienstbar seyn würde.

Das Obertribunal hat daher auch in einer Reihe von Fällen sowohl älterer, als neuester Zeit, und zwar im Wesentlichen aus den vorstehend entwickelten Gründen, konstant an dem Grundsatze festgehalten, daß die Kirchenbaulast die Verbindlichkeit zum Schulhausbau nicht von selbst in sich schließe, und insbesondere der Besitz eines bestimmten örtlichen Kirchenvermögens an sich keine Verbindlichkeit zu Tragung der Kosten des Schulwesens des betreffenden Orts und insbesondere keine Bauverbindlichkeit hinsichtlich des Schul-

---

[51] Der Art. 18 des erwähnten Gesetzes lautet: „Die Kosten der Volksschulen sind in jeder Gemeinde, soweit nicht ein Dritter vermöge Herkommens oder anderer Rechtstitel dafür einzutreten hat, oder das gegenwärtige Gesetz hinsichtlich einzelner Ausgaben etwas Anderes bestimmt, aus den für Schulzwecke bestehenden örtlichen Stiftungen, sodann aus den besonderen Einnahmen für Schulzwecke und, soweit diese Quellen nicht zureichend sind, aus Gemeindemitteln zu bestreiten, und nöthigenfalls als eine Gemeindelast, ohne Rücksicht auf das Religionsbekenntniß der Beitragenden, nach dem Steuerfuße umzulegen. — Uebrigens sollen Herkommen oder andere Rechtstitel, wodurch Dritten Verbindlichkeiten für Schulzwecke auferlegt werden, durch das gegenwärtige Gesetz keine Ausdehnung erhalten.

hauses begründe, es hätte denn das in Frage stehende kirchliche Vermögen diese Bestimmung durch irgend einen besondern Rechtstitel erhalten.[52]

8) Interimslokale.

Kann während der Dauer eines Kirchenbauwesens das Kirchengebäude zu Abhaltung des Gottesdiensts nicht benützt werden, so muß, da letzterer nicht unterbrochen werden darf, für die Abhaltung des Gottesdiensts an einem andern geeigneten Orte Vorsorge getroffen werden. Die hiedurch etwa verursachten besondern Kosten hat jedoch nach den von dem Obertribunal angenommenen Grundsätzen der Kirchenbaupflichtige nicht zu tragen. In der vom 4./5. April 1856 entsch. Rt.S. zwischen der Gemeinde B. und der gräfl. W.B.St.H. wurde zwar die Behauptung aufgestellt, daß die Kirchenbaupflicht auch die Verbindlichkeit umfasse, während der Unbrauchbarkeit der Kirche ein Aushilfslokal für die Haltung des Gottesdiensts herzustellen oder sonst die fortdauernde Haltung des Gottesdiensts auf seine Kosten zu ermöglichen. Das Obertribunal erkannte jedoch, daß die kirchliche Baulast nur die Verpflichtung umfasse, die Kosten der Erhaltung und Wiederherstellung des Kirchengebäudes selbst zu tragen und für eine weiter gehende Verbindlichkeit ein besonderer Rechtstitel nachgewiesen werden müßte.[53]

---

[52] Entsch. d. O.-Trib. v. 25. Sept. 1838 in S. F. g. H., v. 24./30. Sept. 1839 in S. G. g. E., v. 3. Mai 1843 in S. H. B. g. M., v. 22. Febr./2. März 1852 in S. H. O. g. L., v. 12. Juni 1852 in S. H. O. g. J., v. 7. Juli 1852 in S. U. g. O. W., v. 8. Juli 1852 in S. M. g. F., vom 13. August 1852 in S. R. u. L. g. H. K., v. 4. Aug. 1855 in S. H. L. g. J., v. 26. Aug. 1856 in S. R. g. Sch., v. 30. Sept. 1856 in S. B. g. H. J. — Von den besondern Gründen, aus welchen eine Schulhausbaupflicht bestehen kann, wird an einem andern Orte die Rede seyn.

[53] Der aufgestellte Satz wurde nicht weiter ausgeführt und scheint nicht unbedenklich zu seyn.

9) Brandschadensversicherungs-Beiträge.

Zu deren Bezahlung ist im Fall der Unzulänglichkeit der prinzipalbaupflichtigen Fabrik der subsidiär Baupflichtige verbunden.[54]

C. Bezüglich der Art der Baufälle.

1) Die Verbindlichkeit zur Erweiterung der Kirchen- und Schulgebäude.

a) Unterscheidung nach dem Grunde der Verbindlichkeit.

Die unstreitig sehr wichtige Frage, ob und inwieweit die kirchliche Baupflicht auch die Verbindlichkeit zu Tragung der Kosten einer nothwendig gewordenen Erweiterung und Vergrößerung der kirchlichen Gebäude in sich begreife, wird von Seiten der Theorie verschieden beantwortet, und auch die Praxis des Obertribunals ist sich nicht ganz gleich geblieben. In der Theorie wird die Frage bald bejaht, bald verneint, während wieder Andere je nach dem Grunde der Baupflicht und dem Grunde der Erweiterung unterscheiden. Für die unbedingte Verneinung der Frage wird geltend gemacht, daß über den Umfang der kirchlichen Baupflicht die Bestimmungen des canonischen Rechts entscheiden, dieses aber überall, wo von der kirchlichen Baulast die Rede seye, nur die reparatio, emendatio, refectio, restauratio erwähne,[55] welche Ausdrücke nach dem Sprachgebrauche der Quellen nur das restaurare in pristinum statum, die Wiederherstellung des Gebäudes unter Beibehaltung der alten Form bedeuten,[56] die ampliatio somit nicht in sich begreifen. Letztere seye vielmehr

---

[54] Entsch. d. O.-Trib. vom 7. Janr. 1854. in S. R. u. W. g. R. H. u. F.

[55] can. 27. csa. 12. qu. 2. — can. 30. csa. 12. qu. 2. — ex de eccles. aedif. vel rep. (3, 48.) — Conc. Trid. sess. 21. cap. 7. de ref.

[56] Zu vgl. l. 3. §. 15. D. de itinere (43, 19) — l. 1. §. 6. D. de rivis (43, 21.) — l. 7. §. 2. 3. l. 44 D. de usufr. (7, 1.) — l. 20. D. de damno inf. (39, 2).

der Errichtung einer neuen, zuvor nicht bestandenen Kirche gleichzustellen, und deren Kosten daher nach Maßgabe der Bestimmung in cap. 6 X. de eccles. aedif. (3, 48) von denjenigen zu tragen, welchen im Falle der erstmaligen Errichtung einer Kirche die Baulast obliege.[57] Die Mehrzahl der Schriftsteller nehmen jedoch an, daß das canonische Recht bei den erwähnten Ausdrücken nicht die bloße Wiederherstellung im alten Umfange im Auge haben könne, indem dasselbe die größere oder geringere Ausdehnung des Baues einer ecclesia destructa in das Ermessen des Bischofs stelle,[58] und folgern hieraus, daß der baupflichtige Besitzer kirchlichen Vermögens, wenn ihm nicht ein, die Verbindlichkeit zur Erweiterung ausschließendes Herkommen oder ein Statut oder ein Vertrag dieses Inhalts zur Seite stehe, auch die Kosten einer Erweiterung der kirchlichen Gebäude zu tragen habe.[59] Richtig unterscheidet Lang,[60] welcher nur den Besitzer kirchlicher Einkünfte für unbedingt verbunden erkennt, die Kosten einer nothwendigen Erweiterung zu tragen, während er da, wo die Baulast auf einem speziellen Verpflichtungsgrund, Vertrag, Testament, Herkommen u. s. w. beruht, auf den Inhalt des Vertrags, Testaments, beziehungsweise den seitherigen Umfang der Leistungen verweist.

Das Obertribunal hat längere Zeit, ohne auf diese Unterscheidung ein Gewicht zu legen, als allgemeinen Grundsatz festgehalten, daß die Verbindlichkeit zur baulichen Erhal-

---

[57] Gonzalez de Tellez Comm. ad Lib. III. Tit. 48. Decr. c. 1. Nro. 6. Scheurlen in der Monatschr. Bd. 5, S. 89—93., vgl. auch Bd. 13, S. 266, 267.

[58] Can. 3. dist. 1. de consecr.

[59] Peter Peckius de eccl. repar. ac refic. c. 2 p. 12—14. Held jur. pr. univ. can. et civ. Lib. III. P. II. p. 388. Nr. L. Zech de jure rer. eccles. Tom. I. p. 32. §. 24. Böhmer Rechtsfälle Bd. 2, Abth. 1, S. 185—189. Helfert v. kirchl. Gebäuden §. 34, 42. A. Müller Lex. d. K.-R. Bd. 1, S. 70. Reinhardt a. a. O. S. 90. Permaneder a. a. O. §. 12.

[60] Im civ. Archiv Bd. 26, S. 314, 315. Auch Gonzalez de Tellez loco cit. unterscheidet die verschied. Fälle.

tung und Herstellung von kirchlichen Gebäuden, wenn solche nicht durch Vertrag, Herkommen oder sonstige besondere Gründe eine Beschränkung auf ein gewisses Maß oder eine bestimmte Art vor Baufällen erhalten habe, auch die Verpflichtung zu Tragung der Kosten einer nothwendigen Erweiterung in sich begreife,[61] und hat diesen Grundsatz auch auf die Schulhausbaulast ausgedehnt und in vielen Fällen, ohne Rücksicht auf den Grund der Baupflicht, zur Anwendung gebracht.[62] Nachdem sich jedoch schon früher Beschränkungen des Grundsatzes geltend gemacht hatten, wovon unten des Näheren die Rede seyn wird, hat das Obertribunal in neueren Entscheidungen anerkannt, daß die Frage, ob die Verbindlichkeit zur Erweiterung der Kirchen- und Schulgebäude in der Baulast überhaupt inbegriffen seye, sich nicht allgemein beantworten lasse, sondern hiebei auf den Grund der Baupflicht gesehen werden müsse, indem nur da, wo schon der Titel der Baupflicht auf deren Unbeschränktheit hinweise, aus dem Bestehen derselben auf die Verbindlichkeit zur Erweiterung geschlossen werden könne und dürfe. Dieß treffe aber nur da zu, wo die Baupflicht in dem Besitze kirchlichen Vermögens gegründet seye, nicht aber, wo spezielle Verpflichtungsgründe, wie Vertrag, Herkommen u. s. w. vorliegen.[63] Es ist daher nothwendig, bei

---

[61] Entsch. d. O.-Trib. v. 26. April 1834 in S. v. C. g. H., v. 19. April 1839 in S. Th. u. T. g. H., v. 26. Okt. 1839 in S. d. K.F.K. g. N., v. 30. März 1849 in S. H. g. d. K.F.K., vom 15. Dez. 1849 in S. E. g. M.

[62] Entsch. d. O.-Trib. v. 23. Okt. 1833 in S. T. g. O. W., v. 21. Juni 1836 in S. H. O. g. K., v. 7. Nov. 1838 in S. H. O. g. J., v. 15./30. Mai 1840 in S. W. g. E., v. 18. Nov. 1840 in S. H. O. g. F., v. 23. Janr. 1841 in S. G. g. d. K.F.K., v. 19. März 1844 in S. H. W. g. K., deßgl. g. W. u. g. O. S., v. 31. Mai 1844 in S. L. W. g. O., v. 9. Okt./1. Nov. 1844 in L. R. F. g. H., v. 7. Mai 1847 in S. H. O. g. R.

[63] Entsch. d. O.-Trib. v. 13. Aug. 1852 in S. R. g. H. K. u. L. g. H. K., v. 22. Dez. 1854 in S. M. g. d. K.O.F.K. u. v. 4. Febr. 1857 in S. H. K. g. K., vgl. mit der Entsch. v. 25. Aug. 1841 in S. H. B. g. M., v. 7. Juni 1850 in S. E. g. M. u. v. 8. Juni 1850 in S. B. g. E.

Darstellung der Praxis des Obertribunals die verschiedenen Fälle je nach dem Grunde der Baupflicht zu unterscheiden.

aa) Die Verbindlichkeit des dritten Besitzers von kirchlichem Vermögen zu Tragung der Kosten von Erweiterungen kirchlicher Gebäude wurde in den Entscheid.-Gründen des Obertribunals in den verschiedenen Fällen, wo diese Frage zur Sprache kam, im Wesentlichen damit begründet: Wenn es auch im canonischen Recht an einer ausdrücklichen Bestimmung in dieser Beziehung fehle, so sagen die bezüglichen Gesetzesstellen doch ebenso wenig davon etwas, daß von der Baupflicht des dritten Besitzers kirchlicher Einkünfte der Fall der nothwendigen Vergrößerung einer Kirche ausgenommen seyn solle, und da Fälle dieser Art nicht zu den so ganz ungewöhnlichen gezählt werden können, daß sich mit Grund annehmen ließe, es haben die Gesetze gar nicht an sie gedacht, gleichwohl aber keine ausdrückliche Norm für dieselben gegeben seye, so erscheine der Schluß gerechtfertigt, daß von demjenigen, was die canonischen Satzungen unter reficere, instaurare, instituere verstehen, der Fall nicht habe ausgeschlossen werden wollen, wo eine Kirche einer Vergrößerung nothwendig bedürfe. Der Sprachgebrauch des röm. Rechts könne hier nicht entscheiden, zumal die schon oben erwähnte Stelle des canon. Rechts, can. 3, dist. 1. de consecr., indem sie in Beziehung auf ecclesiae destructae die größere oder geringere Ausdehnung des Baues in das Ermessen des Bischofs stelle, darauf hinweise, daß das canonische Recht bei dem reficere, restaurare u. s. w. nicht durchaus nur das Herstellen in der alten Form im Auge habe. Offenbar sey unter besagten Ausdrücken mit Helfert[64] Alles zu begreifen, wodurch ein baubedürftiges Gebäude in einen guten Zustand zurückversetzt oder wieder aufgerichtet werde, ohne Unterschied, ob hiebei die alte Form beibehalten oder ob das eine oder andere den gegenwärtigen Verhältnissen angepaßt werde. Es folge dieß auch aus allgemeinen Gründen, soferne

---

[64] Von den kirchl. Gebäuden S. 103.

das Kirchenvermögen die Bestimmung habe, für sämmtliche kirchliche Baubedürfnisse, somit auch zum Zwecke einer nothwendigen Erweiterung zu dienen, und sich nicht annehmen lasse, daß die Baupflicht des dritten Besitzers des kirchlichen Vermögens, welche eben in jener Bestimmung dieses Vermögens ihren Grund habe, auf ein geringeres Maß habe beschränkt und ihm nur die Verbindlichkeit zur Erhaltung und Herstellung der bestehenden Gebäude, mit Ausschluß von nothwendig werdenden Erweiterungen habe auferlegt werden wollen. Wäre eine solche Beschränkung beabsichtigt worden, so würde sich gewiß eine ausdrücklich hierauf gehende Bestimmung im canonischen Recht finden. Die hiefür geltend gemachte Bestimmung in cap. 6. X. de eccles. aedif. (3,48) handle aber nur davon, daß der Bischof, wo es nöthig sey, für Errichtung neuer Kirchen Sorge zu tragen habe, woraus nicht folge, daß die nothwendige Erweiterung einer bereits bestehenden Kirche nicht als eine Pflicht dessen betrachtet worden, welcher als Besitzer kirchlichen Vermögens zu Tragung der Kosten ihrer baulichen Erhaltung und Herstellung verbunden seye.[65]

Das Obertribunal hat daher bis in die neueste Zeit daran festgehalten, daß die auf den Besitz von kirchlichem Vermögen gegründete Baulast, soferne sie nicht aus besonderen Gründen, Vertrag oder Herkommen, als eine auf ein gewisses Maß oder eine bestimmte Art von Baufällen beschränkte erscheint, auch die Verbindlichkeit zu Tragung der Kosten einer nothwendigen Erweiterung des Kirchengebäudes in sich begreife.

Dieß wird in dem Falle auch auf die Schulhausbaulast

---

[65] Entsch. d. O.-Trib. v. 21. Juni 1836 in S. H. O. g. K. v. 19. April 1839 in S. Th. u. T. g. H., v. 26. Okt. 1839 in S. d. K.F.K. g. M., v. 18. Nov. 1840 in S. H. O. g. d. K.F.K., v. 25. Aug. 1841 in S. H. B. g. M., v. 30. März 1849 in S. H. g. d. K.F.K., v. 19. März 1844 in S. H. W. g. K., v. 22. Dez. 1854 in S. M. g. d. K.O.F.K., v. 4. Febr. 1857 in S. H. K. g. H.

analoge Anwendung finden, wenn solche im Besitze von kirchlichem, aber für die Bedürfnisse der Schule besonders bestimmten Vermögen ihren Grund hat.

bb) Anders verhält es sich, wenn die kirchliche Baulast auf dem Herkommen beruht. In den ältern Entscheidungen des Obertribunals wird zwar davon ausgegangen, daß der obige Grundsatz auch auf die herkömmliche Baulast analoge Anwendung finde.[66] Allein von einer Analogie kann hier überall keine Rede seyn. Der letzte und entscheidende Grund, aus welchem der Besitzer von kirchlichem Vermögen zu Tragung der Kosten nöthiger Erweiterungen für verbunden erklärt wird, liegt in der ursprünglichen Zweckbestimmung des in seinen Händen befindlichen Kirchenvermögens für die gesammten Baubedürfnisse der Kirche und der Unterstellung, daß jenes Vermögen durch den Uebergang in andere Hände dieser Bestimmung nicht entfremdet worden. Dieser Grund findet, wie das Obertribunal schon in einer Entscheidung vom 25. Aug. 1841 in S. der St.H. H.B. g. die Gem. M. anerkannt hat,[67] auf die im Herkommen gegründete Baulast

---

[66] Vgl. z. B. die Entsch. d. O.-Trib. v. 21. Juni 1836 in S. H. O. g. K, v. 18. Nov. 1840 in S. H. O. g. F, v. 9. Okt./1. Nov. 1844 in S. L. R. F. g. H. — In den spätern Fällen wurde von einer analogen Anwendung des Grundsatzes ausdrücklich nicht mehr gesprochen, sondern nur gesagt, daß der Grundsatz nach der Praxis auch auf herkömmliche Baulast Anwendung finde.

[67] In den Entsch.-Gr. wurde gesagt: „Die Unterhaltung der kirchl. Gebäude liegt zunächst dem Kirchenvermögen oder demjenigen ob, welcher aus dem Kirchenvermögen Einkünfte bezieht. Eben um dieses Vortheils willen liegt es nach dem Zweck des kirchl. Vermögens in der Natur der Sache, wie dem Kirchenvermögen, so auch demjenigen, welcher dessen Einkünfte bezieht, die Verpflichtung aufzuerlegen, in Absicht auf die kirchl. Gebäude überhaupt für das Bedürfniß der Kirchengemeinde, somit eintretenden Falls auch für das Bedürfniß der Erweiterung der Kirche Sorge zu tragen. Das gleiche Verhältniß findet bei Demjenigen nicht statt, welcher, ohne besondere Vortheile dießfalls zu beziehen, ein Schulgebäude erbaut oder solches vermöge Vertrags oder Herkommens, oder vermöge freiwilliger Uebernahme zu unterhalten hat." — Damit war der rich-

keine Anwendung; in diesem Falle stellt sich als einziger Grund der Verbindlichkeit die seitherige Uebung dar. Nur diese Uebung kann daher auch über den Umfang der Verbindlichkeit entscheiden, und nur in demjenigen Umfange, in welchem seither geleistet und in welchem durch die Leistungen eine Verbindlichkeit als bestehend anerkannt worden, erscheint diese als durch das Herkommen begründet. Um aus dem Herkommen eine unbeschränkte, auch die Verbindlichkeit zu Tragung der Kosten nothwendiger Erweiterungen in sich schließende Baupflicht ableiten zu können, kann es daher nicht genügen, wenn ein Kirchen- oder Schulgebäude inzwischen in seinem bisherigen Zustande erhalten worden ist, sondern es müssen besondere, für die Uneingeschränktheit der Baupflicht und deren Ausdehnung auf Erweiterungen sprechende Thatsachen dargethan, es müssen spezielle Fälle namhaft gemacht und erwiesen werden, in welchen der Baupflichtige schon früher die Kosten von Erweiterungen getragen und damit zu erkennen gegeben hat, daß er sich ohne alle Einschränkung für baupflichtig erkenne. Liegen in der seitherigen Uebung keine solche besondere Momente, und beschränken sich die bisherigen, zu Begründung des Herkommens geltend gemachten Leistungen auf die bloße Unterhaltung und Herstellung des bestehenden Gebäudes, so ist damit nur die herkömmliche Verbindlichkeit zu dessen Unterhaltung und Wiederherstellung, nicht aber eine Verbindlichkeit zur Erweiterung dargethan.

Im Widerspruch hiemit wurde von dem Obertribunal in dessen früheren Entscheidungen der Baupflichtige selbst dann für erweiterungspflichtig erklärt, wenn die zur Begründung einer herkömmlichen Baupflicht dienenden Leistungen sich nicht weiter als auf die Unterhaltung des bestehenden Gebäudes erstreckten, oder wo nur ein ausdrücklich auf diese Erhaltungspflicht beschränktes Anerkenntniß vorlag. Dabei ging das Obertribunal davon aus, daß, wenn auch die Verpflichtung

---

tige Weg bereits angebahnt; allein er wurde nachher wieder verlassen, und erst in neuerer Zeit wieder betreten.

zur Erweiterung der Kirchen- und Schulgebäude das Bestehen einer uneingeschränkten Bauverbindlichkeit wesentlich voraussetze, eine solche uneingeschränkte Bauverbindlichkeit schon dann als vorhanden anzunehmen sey, wenn nur die herkömmliche Unterhaltungspflicht feststehe und keine besonderen Gründe für eine spezielle Beschränkung in fraglicher Richtung sprechen, ohne daß es des Nachweises besonderer, für die Uneingeschränktheit der Baupflicht und deren Ausdehnung auf Erweiterungen sprechender Thatsachen bedürfe.[68] Dieser Satz widerstreitet jedoch, wie aus dem Obigen erhellt, den allgemeinen Rechtsprinzipien zu sehr, als daß solcher konsequent hätte festgehalten werden können. Zunächst wurde am 25. Aug. 1841 in S. der St.H. H.B. gegen die Gem. M. ausgesprochen, daß der Satz auf die Besoldung der Schullehrer keine Anwendung leide, indem kein Grund zu finden seye, denjenigen, welcher Einen Schullehrer besolde, eben deshalb auch schon für verbunden zu erachten, die Besoldung des überhaupt erforderlichen und im Laufe der Zeiten etwa vermehrten Lehrerpersonals zu tragen. Insbesondere müsse in einem Falle, wo die Verpflichtung auf dem Herkommen beruhe, dem Verpflichteten bei einer im Laufe der Zeit eingetretenen Vermehrung des Lehrerpersonals gegen die Erhöhung der für ihn zuvor bestandenen Verbindlichkeit der Grundsatz: quantum posessum tantum praescriptum zu Statten kommen. Ebenso wurde in der am 12. Juni 1852 entsch. At.S. der St.H. H.O. gegen die Gem. J. u. C. ausgesprochen, daß eine auf das Herkommen sich gründende Schulbesoldungspflicht nur in dem Umfange als bestehend betrachtet werden könne, in welchem sie ausgeübt worden. Um daher aus dem Herkommen eine unbeschränkte Schulbesoldungspflicht abzuleiten, müßten die Leistungen schon bisher nach dem jeweiligen Bedürfnisse

---

[68] Entsch. d. O.-Trib. v. 7. Mai 1847 in S. H. O. g. N., v. 18. Nov 1840 in S. H. O. g. F.. v. 23. Janr. 1841 in S. G. g. d. K.F.K., v. 19. März 1844 in S. H. W. g. K., v. 31. Mai 1844 in S. L. W. g. O., v. 9. Okt. / 1. Nov. 1844 in S. L. N. F. g. H.

sich gerichtet, und der Pflichtige seine Verbindlichkeit überhaupt in einem Umfange erfüllt haben, aus dem sich ergebe, daß er sich ohne alle Einschränkung für besoldungspflichtig gehalten. Dasselbe wurde in einer Entsch. des Obertrib. vom 3. Mai 1843 in S. der St. H. H. B. gegen die Gem. M. auch auf die Baulast bezüglich der Lehrerwohnungen angewendet und dieß damit motivirt, daß die einem Bediensteten einzuräumende freie Wohnung ihrer Natur nach einen Theil seiner Besoldung bilde,[69] somit bezüglich der Verbindlichkeit zur Herstellung von Wohngelassen für weitere Lehrer dieselben

[69] Man kann zugeben, daß der einem Lehrer eingeräumte Wohnungsgenuß einen Theil der ihm für seine Dienste gewährten Belohnung bildet, allein es hat dieser Satz Veranlassung zu Folgerungen gegeben, welche sich nicht rechtfertigen lassen werden und an welche bei Aufstellung des unschuldig aussehenden Satzes wohl auch nicht gedacht worden ist. In der am 26. Febr. 1855 entsch. At. S. Sch. g. N. war die Verbindlichkeit zu Tragung der Schulhausbaulast bestritten, dagegen anerkannt, daß von einem Rechtsvorfahren des Bekl., gegen Einzug des bis dahin von dem Schullehrer in partem salarii genossenen s. g. Schulzehnten, die Verbindlichkeit übernommen worden war, dem Schullehrer eine feste Besoldung zu verabreichen, und es war auch die Verbindlichkeit zu deren fernerer Verabreichung unbestritten. Hierin wurde von dem Obertribunal angenommen, liege von selbst schon auch die weitere Verbindlichkeit zur Anschaffung des für den Lehrer erforderlichen Wohngelasses, weil der Wohnungsgenuß zur Besoldung gehöre, und daher in der Besoldungspflicht auch die Verbindlichkeit zur Herstellung des Wohngelasses begriffen seye. Dieser Schluß dürfte erheblichem Bedenken unterliegen. Denn wenn auch der Wohnungsgenuß für den Lehrer nichts Anderes, als ein Theil seiner Besoldung ist, so folgt daraus nicht, daß derjenige, welcher aus irgend einem Rechtsgrund zur Verabreichung eines bestimmten Gehalts, also eines Theils der Besoldung, verbunden ist, in Folge dessen auch zur Anschaffung der Wohnung angehalten werden kann. Die Verbindlichkeit zur Besoldungsreichung kann unter verschiedene Personen vertheilt seyn und die Erfahrung lehrt, daß insbesondere die Verbindlichkeit zur Herstellung und Unterhaltung der Wohngelasse in der Regel demjenigen obliegt, welcher die Baulast an dem Schulgebäude überhaupt auf sich hat, nicht aber demjenigen, welcher nur zur Verabreichung der Schulbesoldung verpflichtet ist.

Grundsätze zur Anwendung kommen müssen, welche das Obertribunal bezüglich der Verbindlichkeit zur Besoldung eines vermehrten Lehrerpersonals angenommen habe. Ebenso wurde den 7. Jan. 1845 in S. v. G. G. gegen die Gemeinde B. erkannt. In der am 9. Okt./1. Nov. 1844 entsch. At.S. des L.R.F. gegen die Gemeinde H. sprach das Obertrib. gleichfalls aus, daß der Grundsatz, wonach derjenige, welcher die unbeschränkte Verbindlichkeit zur Unterhaltung eines Schulgebäudes habe, auch die Kosten einer nothwendigen Erweiterung desselben zu tragen verbunden seye, auf die Verbindlichkeit zur Anschaffung einer Wohnung für den Lehrer keine Ausdehnung leide. An sich aber könne von demjenigen, der vermöge einer ihm obliegenden Baupflicht bisher für einen, an einer bestimmten Schule angestellten Lehrer die Wohnung gewährt habe, nicht eben deshalb schon angenommen werden, daß er auch die Verbindlichkeit habe, die Kosten der Wohnungen weiterer, im Laufe der Zeiten etwa erforderlich werdenden Lehrer zu tragen. Sodann wurde den 25. Okt. 1844 in S. der Gem. E. gegen die Gutsherrschaft zu E., gleichfalls in Durchlöcherung des bis dahin noch befolgten Grundsatzes, von dem Obertribunal ausgesprochen, daß aus der in dem Herkommen begründeten Verpflichtung zur baulichen Erhaltung eines Kirchhofes eine Verbindlichkeit zu dessen Erweiterung nicht abgeleitet werden könne, weil der Umfang einer auf dem Herkommen beruhenden Verbindlichkeit nur nach dem Umfange eben dieses Herkommens zu bemessen sey. Ebenso wurde den 26. März 1847 in S. der Gem. B. gegen die St.H. Th. u. T. anerkannt, daß eine im Herkommen begründete Verbindlichkeit zur baulichen Erhaltung einer Kapelle die Verpflichtung zu Tragung der Kosten einer nothwendig gewordenen Erweiterung derselben nicht in sich begreife. Hienach war längst keine Konsequenz mehr in der Praxis des Obertribunals, bis endlich am 13. Aug. 1852 in den At.S. der Gem. R. u. L. g. die F.St.H. H.K. die richtige Ansicht sich durchgreifende Geltung verschaffte. In diesen beiden Sachen wurde als erwiesen angenommen, daß die Bekl. die

Schulgebäude zu R. u. L. inzwischen in baulichem Stande erhalten habe und ihr daher nach dem Herkommen die Verbindlichkeit zur baulichen Erhaltung und Wiederherstellung der Schulgebäude obliege. Dagegen wurde eine Verpflichtung der Bekl. zur Erweiterung der Schulgebäude nicht als begründet erkannt, indem solche in der herkömmlichen Verbindlichkeit zur baulichen Erhaltung und Wiederherstellung der Schulgebäude an sich nicht begriffen und spezielle Vorgänge, aus denen auf eine Erweiterungsverbindlichkeit der Bekl. geschlossen werden könnte, kläg. Seits nicht geltend gemacht worden seyen. Eine Verbindlichkeit des Schulhausbaupflichtigen zur Erweiterung des Schulgebäudes lasse sich nur da annehmen, wo der der Baupflicht zu Grunde liegende Titel auf eine unbeschränkte Baupflicht hinweise; wo aber ein solcher auf eine unbeschränkte Baupflicht hinweisender Titel nicht geltend gemacht werden könne, wo namentlich die Verbindlichkeit blos auf das Herkommen gestützt werde, lasse sich dieselbe nicht in einem weitern Umfange als bestehend annehmen, als wie bisher geleistet worden.

cc) In ähnlicher Weise verhält es sich, wenn die Baulast auf einen Vertrag sich gründet. Hier kann es nur darauf ankommen, was durch den Vertrag bestimmt worden ist, und ob sich nach dessen Inhalt annehmen läßt, daß eine unbeschränkte, auch die Verbindlichkeit zur Erweiterung in sich schließende Last übernommen werden wollte. Ist in dem Vertrage nur von der Verbindlichkeit zur Unterhaltung und Wiederherstellung eines Gebäudes die Rede, so liegt hierin nicht von selbst auch die Uebernahme einer Verbindlichkeit zur Erweiterung, vielmehr wird solche nur dann als bestehend angenommen werden können, wenn sie entweder ausdrücklich übernommen wurde oder die Baupflicht in dem Vertrag so allgemein und unbeschränkt anerkannt ist, daß sich nicht zweifeln läßt, es habe auch die Erweiterung der Kirchengebäude darunter begriffen werden wollen.[70]

---

[70] Vgl. die Entsch. d. O.-Trib. v. 7. Juni 1850 in S. E. g.

b) Unterscheidung nach dem Grunde der Erweiterung.

Auch da, wo die Erweiterungspflicht außer Zweifel steht, ist der Pflichtige, wie das Obertribunal stets angenommen hat,[71] und auch von den meisten Schriftstellern angenommen wird,[72] im einzelnen Falle die Kosten einer Erweiterung nur dann zu tragen verbunden, wenn die Erweiterung von der zuständigen Administrativ-, beziehungsweise Kirchenbehörde als nothwendig erkannt worden ist. Aber auch bei nothwendigen Erweiterungen ist wieder je nach dem Grunde derselben zu unterscheiden. Die Verbindlichkeit des Baupflichtigen zu Tragung der Kosten tritt nur ein, wenn die Erweiterung einer Kirche durch Vermehrung der Zahl der in dem bisherigen Pfarrsprengel wohnenden Pfarrgenossen, die Erweiterung eines Schulgebäudes durch Vermehrung der Zahl der Schulkinder nothwendig geworden ist,[73] während in dem Falle, wenn die Nothwendigkeit einer Erweiterung in der Zutheilung weiterer Parzellen ihren Grund hat, der Baupflichtige ohne besondere dafür sprechende Gründe zu Tragung der Kosten nicht für

---

M. u. v. 8. Juni 1850 in S. B. g. E. — Lang a. a. O. S. 314. 315 u. Gonzalez de Tellez l. c.

[71] Entsch. d. O.-Trib. v. 23. Okt. 1833 in S. T. g. O. W. v. 26. Apr. 1834 in S. v. C. g. H., v. 21. Juni 1836 in S. H. O. g. K., v. 19. April 1839 in S. Th. u. T. g. H., v. 26. Okt. 1839 in S. d. K. F. K. g. R., v. 23. Janr. 1841 in S. G. g. d. K. F. K., v. 25. Aug. 1841 in S. H. B. g. M., v. 31. Mai 1844 in S. L. W. g. O., v. 9. Okt. / 1. Nov. 1844 in S. L. R. F. g. H., v. 7. Mai 1847 in S. H. O. g. R., v. 15. Dez. 1849 in S. E. g. M., v. 7. Juni 1850 in S. E. g. M., v. 8. Juni 1850 in S. B. g. E., v. 12. Juni 1852 in S. H. O. g. J. u. E., v. 22. Dezbr. 1854 in S. M. g. d. K. O. F. K., v. 4. Febr. 1857 in S. H. K. g. H.

[72] J. B. Reinhardt a. a. O. S. 90. Permaneder a. a. O. §. 12.

[73] Entsch. d. O.-Trib. v. 19. Apr. 1839 in S. Th. u. T. g. H., v. 22. Dez. 1854 in S. M. g. d. K. O. F. K., v. 26. Aug. 1856 in S. R. g. Sch., v. 4. Febr. 1857 in S. H. K. g. H.

verbunden erklärt werden kann.[74] Bei der Baulast an Schulgebäuden kann übrigens noch die weitere Frage entstehen, ob der Baupflichtige, soferne er zu Tragung der Kosten einer nothwendigen Erweiterung überhaupt verbunden ist, hiezu auch dann angehalten werden kann, wenn die Erweiterung durch neue gesetzliche Bestimmungen und veränderte Verwaltungsgrundsätze herbeigeführt worden ist, und es ist diese Frage auch bei dem Obertribunal schon mehrfach angeregt worden, ohne jedoch zur Entscheidung zu kommen.[75] Doch wurde in einer Entscheidung vom 25. August 1841 in der Rt.S. der St.H.H.B. gegen die Gem. M. bemerkt, daß nicht einzusehen wäre, wie es sich sollte rechtfertigen lassen, einen aus privatrechtlichen Gründen für gewisse Schulzwecke Verpflichteten für verbunden zu erachten, für die Erfüllung aller möglichen Schulzwecke, welche etwa später auf Anordnung des Staats verfolgt werden sollten, einzutreten, oder wo die Grenzen einer solchen weiteren Verpflichtung gefunden werden sollten. Die Richtigkeit dieses Satzes wird sich mit Grund nicht beanstanden lassen; auch findet derselbe in der Bestimmung des Art. 18 des Volksschulges. v. 29. Sept. 1836 ausdrückliche Bestätigung, indem hier ausgesprochen ist, daß Herkommen oder andere Rechtstitel, wodurch Dritten Verbindlichkeiten für Schulzwecke aufgelegt seyen, durch das gedachte Gesetz keine Ausdehnung erhalten sollen. Hiemit ist anerkannt, daß derjenige, welcher aus privatrechtlichen Gründen für Schulzwecke einzutreten hat, zu Tragung solcher Kosten, welche in Folge der, durch das Schulgesetz begründeten, erhöhten Bedürfnisse der Schule herbeigeführt werden, nicht verbunden seyn solle.[76]

---

[74] Entsch. d. O.-Trib. v. 7. Mai 1847 in S. H. O. g. N.

[75] Vgl. Entsch. d. O.-Trib. v. 25. Aug. 1841 in S. H. B. g. M., v. 19. März 1844 in S. H. W. g. K., v. 26. Aug. 1856 in S. N. g. Sch.

[76] Nicht ganz im Einklang mit der im Texte ausgesprochenen Ansicht ist die Auslegung, welche das O.-Trib. in der am 19. März 1844 entsch. Rt.S. H. B. g. M. und in der am 7. Mai

2) Die Verbindlichkeit zum Neubau eines baufälligen oder zu kleinen Kirchen- oder Schulgebäudes.

Ist wegen der Baufälligkeit eines Kirchen- oder Schulgebäudes dessen neue Wiederaufbauung erforderlich, so ist zu Tragung der Kosten derjenige, welchem die Baulast an den betreffenden Gebäuden überhaupt obliegt, unzweifelhaft verbunden. Denn es ist die Wiederaufbauung eines verfallenen Gebäudes in der Verbindlichkeit zu dessen Erhaltung und Wiederherstellung inbegriffen. Es liegt dieß schon in der Natur der Sache und die Bestimmung in cap. 4. X. de eccles. aedif. vel rep. (3,48) zeigt, daß auch das canonische Recht hievon ausgegangen ist, da hier diejenigen, qui parochiales ecclesias habent, ad reparationem et institutionem ecclesiarum für verpflichtet erklärt werden, welch' letzterer Ausdruck, wie die Vergleichung mit cap. 6. X. eod. außer Zweifel setzt, nichts Anderes als den Wiederaufbau

---

1847 entsch. At.S. H. O. g. R. der erwähnten Bestimmung des Art. 18 des Schulges. gegeben hat. Der Sinn dieser Bestimmung wurde hier gesagt, gehe nicht dahin, daß eine früher unbeschränkte, nach dem Bedürfniß sich richtende Verb. nun auf ein bestimmtes Maaß beschränkt seyn solle, sondern daß derj. dessen Verb. zu Prästationen für Schulzwecke schon bisher eine beschränkte gewesen, nicht in Folge eines durch das Schulgesetz etwa begründeten erhöhten Bedürfnisses auch auf dieses Weitere solle in Anspruch genommen werden können. — Diese Auslegung scheint jedoch mit den Gesetzesworten nicht wohl vereinbar zu seyn, und es ließe sich die Aufnahme der fragl. Bestimmung in das Gesetz kaum erklären, wenn nichts Weiteres damit hätte gesagt werden wollen, als daß eine seither begränzte Verb. durch das Schulgesetz keine Ausdehnung über seine Gränze erhalten solle. Dieß verstand sich auch ohne bes. Bestimmung von selbst. Zweifelhaft konnte nur seyn, ob derjenige, welcher für das bisherige Bedürfniß einzutreten privatrechtlich verbunden war, nunmehr auch für die durch das Schulgesetz erhöhten Bedürfnisse der Schule solle in Anspruch genommen werden können, und dieß hat das Schulgesetz durch die mehrgedachte Bestimmung, in Uebereinstimmung mit allg. Rechtsgrundsätzen, verneint.

einer eingestürzten oder nicht mehr zu reparirenden Kirche bezeichnet (vergl. oben S. 67). Dasselbe gilt, wenn die als nothwendig erkannte Erweiterung eines Kirchen- oder Schulgebäudes nur durch Errichtung eines neuen Gebäudes sich ausführen läßt. Auch hier ist, wie das Obertribunal schon mehrfach ausgesprochen hat,[77] derjenige, welcher die Verbindlichkeit zu Tragung der Kosten einer Erweiterung auf sich hat, in gleicher Weise die Kosten des Neubaues zu tragen verbunden. Denn unter der Verbindlichkeit zur Erweiterung ist im rechtlichen Sinn nichts Anderes zu verstehen, als die Verpflichtung, das Gebäude in einem dem jeweiligen Bedürfnisse entsprechenden Zustande herzustellen, wobei darauf, ob dieß durch Vergrößerung des bestehenden Gebäudes oder nur durch Errichtung eines neuen Gebäudes sich ausführen läßt, nichts ankommen kann, da es sich in dieser Beziehung nur von einem größeren oder geringeren Aufwande, nicht aber von einer dem Rechtsgrunde nach verschiedenen Verbindlichkeit handelt.

---

2) Ueber das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen rechtskräftige Urtheile und dessen Verhältniß zur Appellation.

(Von dem Herrn Obertribunalpräsidenten von Harpprecht).

Der ungenannte Verfasser eines Aufsatzes in der Monatschrift Bd. 18 S. 466 rc. erörtert die Frage: ob, wenn eine Partei neue Beweismittel zu einer Zeit entdeckt, wo sie davon im Wege der Berufung Gebrauch machen konnte,

---

[77] Entsch. d. O.-Trib. v. 26. April 1834 in S. C. g. H., v. 3. Juni 1848 in S. H. B. g. M., v. 7. Juni 1848 in S. Th. g. d. K.F.K., v. 26. Febr. 1855 in S. Sch. g. N., v. 9. Okt. 1855 in S. R. g. d. K.O.F.K., v. 4. Febr. 1857 in S. H. K. g. H.

sie unter Umgehung oder Zurücknahme der Appellation das neue Vorbringen mittelst eines bei dem vorigen Richter anzustellenden Gesuchs um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen dessen nun rechtskräftig gewordenes Erkenntniß geltend zu machen befugt sey? Diese Frage wird aus Gründen bejaht, welche von dem Standpunkte des bestehenden Rechtes aus in keiner Beziehung für treffend und richtig zu halten sind und mich schon früher zu einer Widerlegung veranlaßt haben würden, wenn hiezu eine geeignete vaterländische Zeitschrift sich dargeboten hätte. Nachdem inzwischen dieses Hinderniß beseitigt ist, finde ich mich zu einer Beleuchtung jenes Aufsatzes und einer Erörterung über das Verhältniß der beiden Rechtsmittel um so mehr aufgefordert, als ich Grund habe, anzunehmen, daß der dort vertheidigte Rechtssatz neuerlich hin und wieder in die gerichtliche Praxis Eingang gefunden habe.

Zuvörderst ist es eine Mißkennung des Wesens und Zweckes der Appellation, wenn der Verfasser glaubt, sie sey nur dazu bestimmt, einer von dem vorigen Richter begangenen Iniquität abzuhelfen, und die Ausführung neuen Vorbringens nur „zur Vereinfachung des Verfahrens" als ein bloßes beneficium des Appellanten zugelassen, welches eine Abweichung von dem der Appellation zum Grunde liegenden Prinzip enthalte. Als ein solches dürres Produkt rechtsphilosophischer Abstraktion, als eine bloße Beschwerde wider den Richter, um dessen Irrthümer und Versehen zu berichtigen, stellt sich jedoch die Appellation nach dem positiven Rechte nicht dar; vielmehr haben, von der römischen an, die Gesetzgebungen aller späteren Zeiten dieses Rechtsmittel zum Zweck der Verwirklichung des materiellen Rechts eingeführt, und, gestützt auf die Erfahrung, daß häufig erst durch wiederholte Erörterung die rechtliche Auffassung und Beurtheilung der Streitpunkte sich verändert und die dem Streite zum Grunde liegenden Sachverhältnisse berichtigt, erschöpft und klar gestellt werden, das Vorbringen neuer Thatsachen und Beweise im

Berufungszuge gestattet. Wenn, wie nicht zu bestreiten ist, der höchste Zweck des prozessualischen Verfahrens darin besteht, das wirkliche Recht zwischen den Parteien zum förmlichen Rechte zu erheben, so ist ein Urtheil, welches zwar der Aktenlage entsprach, aber nach den jetzt dem höheren Richter vorgelegten Thatumständen oder Beweisen dem materiellen Rechte zuwider ist, für die unterlegene Partei der Sache nach eben so beschwerend, wie wenn der vorige Richter das ihm vorgelegte Streitverhältniß unrichtig beurtheilt hat. Der Zweck der Appellation, das materielle Recht in dem formellen zu verwirklichen, nicht blos der Zweck einer Vereinfachung des Verfahrens, bringt es daher mit sich, daß den Parteien die dazu führenden Mittel nicht abgeschnitten werden dürfen, und der höhere Richter nicht gehindert sey, ein nach seiner Ueberzeugung und nach der jetzigen Lage der Sache ungerechtes Urtheil abzuändern; wie Diocletian sehr schön in den Worten ausdrückt: cum votum gerentibus nobis aliud nihil in judiciis quam justitiam locum habere debere, necessaria res forte transmissa non excludenda videatur. c. 6. §. 1. C. de appell. (7, 62).

Auch die Tendenz der württembergischen Prozeßgesetzgebung sowohl in der unteren Instanz als im Berufungszuge ist auf die möglichst sichere und schleunige Realisirung des materiellen Rechtes gerichtet, und es ist den Parteien durch die Befugniß, ihre Beschwerden durch neue Thatsachen und Beweise zu unterstützen, und selbst ausschließlich durch solche zu rechtfertigen, volle Gelegenheit gegeben, Alles, was ihnen etwa früher aus Versehen entgangen, dem höheren Richter vorzutragen, damit dieser in den Stand gesetzt werde, eine klare Einsicht in das Rechtsverhältniß zu erlangen und ein gerechtes Urtheil zu fällen. Dabei ist durch die Abschneidung aller Zwischenappellationen und durch die Vorschrift, daß durch die Appellation die ganze Sache an den höheren Richter gebracht werde, der Prozeßgang wesentlich beschleunigt und der freien Be-

wegung des Oberrichters der möglichste Spielraum gelassen.

Die Berufung, beziehungsweise die Revision, ist nach württembergischem Rechte das einzige ordentliche Rechtsmittel; dasselbe genügt auch vollkommen, um die Beseitigung eines dem materiellen Parteirechte nicht entsprechenden Urtheils auf dem Rechtswege zu erwirken, sofern die Partei in der Lage sich befindet, gegen das durch die Appellation in seiner Rechtskraft gehemmte Urtheil alle ihr in diesem Stadium bekannten thatsächlichen Gründe auszuführen und alle ihr zu Gebot stehenden Beweismittel anzuwenden, welche zur Geltendmachung ihres Rechtes dienen. Die gleiche Befugniß hat der Appellat, um die Aufrechterhaltung des von dem Gegner angefochtenen Erkenntnisses zu bewirken.

Als „außerordentliches" Rechtsmittel gestattet das württembergische Recht die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen neu aufgefundener Beweise (§. 9, 15, 151. Ziff. 2b des IV. Edikts vom 31. Dezember 1818), oder wie der Art. 50, Satz 2 des Gesetzes vom 21. Mai 1828 erschöpfender, auch neu entdeckte Thatsachen mitbegreifend, sich ausdrückt, „wegen neuen Vorbringens überhaupt", wie auch schon die Instruktion für die untern Civilgerichtsstellen vom 19. Oktbr. 1811 §. 29 (Reg.-Bl. S. 578) von der restitutio in integrum ob noviter reperta redet, hinsichtlich welches Rechtsmittels[1] es der §. 159 des IV. Edikts einstweilen bei den bestehenden Rechtsgrundsätzen bewenden ließ. Eine Darstellung dieses (mit Ausnahme des in Württemberg nie üblich gewesenen Restitutionseides und der Zulässigkeit früher bloß nicht „für

[1] Nicht zu verwechseln mit der Restitution gegen prozessualische Versäumnisse ꝛc. vgl. Tafel Rechtssprüche II. S. 365. Richter, Aufsätze über verschiedene Rechtsfragen S. 112, Nr. 31, wo ein Gerichtshof die Restitution gegen eine versäumte Appellation irriger Weise von dem Erfordernisse neu aufgefundener Beweise abhängig gemacht hat.

dienlich" erachteten Vorbringens) im Wesentlichen mit dem gemeinen deutschen Prozeßrechte übereinstimmenden, hauptsächlich durch deutschen Gerichtsgebrauch ausgebildeten Rechtes behalte ich einer späteren Mittheilung vor und beschränke mich für jetzt auf die oben bezeichnete Aufgabe.

Wenn eine Partei nach Eröffnung eines ihr ungünstigen Erkenntnisses erster oder zweiter Instanz neue und erhebliche Thatumstände oder Beweismittel auffindet, welche ihr bisher wirklich unbekannt waren und so beschaffen sind, daß sie, wären sie schon bei Fällung jenes Erkenntnisses dem Richter vorgelegen, eine andere für den Imploranten günstigere Entscheidung zur Folge gehabt haben würden, so kann in Sachen, welche dem Werthe des Beschwerdegegenstandes nach die Berufung oder Oberberufung zulassen, die Frage aufgeworfen werden, ob der Implorant das neu Entdeckte nur in dem ihm offen stehenden Berufungszuge geltend machen dürfe, oder ob es von seinem Belieben abhänge, statt der Berufung sich des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bedienen.

Der Verfasser des oben bezeichneten Aufsatzes nimmt eine elektive Konkurrenz beider Rechtsmittel an, weil die gegentheilige Ansicht

1) der Natur des Rechtsmittels der Restitution insofern widerstreite, als dasselbe auf dem Prinzip beruhe, daß die Partei, gegen welche wegen unverschuldeten Mangels im Beweise des ersten Verfahrens nachtheilig erkannt worden, in die Lage versetzt werden soll, als wäre noch gar kein Erkenntniß gegen sie erfolgt,

2) weil sie auch mit der Natur der Berufung kontrastire und eine innere Inkonsequenz enthalte, indem die Ation für einen ganz andern Zweck, zur Hebung einer Iniquität des früheren Erkenntnisses, bestimmt sey, und die Partei dadurch genöthigt würde, ein von ihr als richtig anerkanntes Erkenntniß als unrichtig anzufechten;

3) weil jene Ansicht dem Grundsatze der Instanzenfolge, auf welche die Parteien ein Recht haben, wider-

streite, dieses Recht aber dadurch so sehr verkümmert würde, daß wenn die Partei die neuen Beweise erst während des Schwebens der Sache zwischen der zweiten und dritten Instanz erfahre, ihr nur *eine* Instanz übrig bliebe,

4) weil darin die weitere Inkonsequenz liege, daß der Partei, welche zufällig oder aus Nachläßigkeit die weiteren Beweise erst später erfahre, oder es verheimliche, daß sie solche schon während der Berufungsfrist gewußt, Vortheile, namentlich der der weiteren Instanz, eingeräumt werden, welche eine andere Partei, die keine Verschuldung treffe, nicht haben soll.

Der zweite dieser Gründe ist schon oben beleuchtet worden. Man ist versucht zu glauben, der Verfasser betrachte als das *ordentliche* Rechtsmittel zu Geltendmachung neuen Vorbringens die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen rechtskräftige Urtheile, die Appellation aber nur als das *außerordentliche*, wodurch die Regel des positiven Prozeßrechtes umgekehrt würde. Es wird nicht nöthig seyn, außer dem bereits Ausgeführten etwas Weiteres zur Widerlegung anzuführen.

Die übrigen Gründe beruhen auf der Vorstellung, daß es für eine Partei *vortheilhafter* sey, das neu Entdeckte in dem Restitutionsverfahren, statt mittelst der Appellation geltend zu machen,[2] und daß ihr dieses Recht nicht verkümmert werden dürfe. Eine Partei, der es blos um chikanöse Verzögerung der End-Entscheidung zu thun ist, mag wohl glauben, ihren Zweck auf dem ersten Weg besser zu erreichen; ehrenhaft prozessirende Parteien aber, wenn sie nicht durch einen ihnen ertheilten Rath mißleitet sind, werden gewiß immer es vorziehen, den kürzeren und leichteren Weg der Berufung einzuschlagen, statt an den vorigen Richter zurückzugehen. Und in der That kann einer Partei nicht schlimmer gerathen werden, als wenn man

---

[2] Davon geht auch die Entscheidung des Gerichtshofs in Ellwangen v. 26. März 1834 (Tafel Rechtssprüche I. S. 76. 77) aus.

ihr die Restitution als das vortheilhaftere Rechtsmittel empfiehlt; einmal deßwegen, weil sie den oft schwierigen Beweis zu führen hat, daß sie das Neue erst nach Eröffnung des nun rechtskräftig gewordenen Urtheils entdeckt habe, und ihr hinsichtlich dieser späten Entdeckung keine Schuld zur Last falle, während sie mit den innerhalb der zweiten Berufungsnothfrist entdeckten novis ohne Weiteres im Berufungszuge zugelassen wird, und nur hinsichtlich der erst nach Ablauf dieser Nothfrist vorgetragenen nova die spätere Entdeckung nachweisen muß. Sodann deßwegen, weil durch die Nichtergreifung der Berufung oder durch die Nichtverfolgung der eingewandten Berufung das Urtheil die prozessualische Rechtskraft erlangt, was für die Partei zwei wichtige Folgen hat. Die eine besteht darin, daß das Urtheil gegen sie vollstreckbar wird, daß die Anbringung des Restitutionsgesuchs die Vollstreckung nicht hemmt, sofern nicht der Richter unter den Voraussetzungen des Art. 24 des Exekutionsgesetzes sie einzustellen befiehlt, und daß im Restitutions- so wenig als in jenem Vollstreckungsverfahren Gegenforderungen (die im Berufungszuge noch hätten vorgeschützt werden dürfen), selbst wenn sie neu entstanden sind, von dem Juten geltend gemacht werden können. Die andere Folge ist, daß in dem Restitutionsverfahren die Erheblichkeit des neuen Vorbringens von dem rechtlichen Standpunkte aus zu prüfen ist, welchen der Richter bei Fällung seines nun rechtskräftigen Urtheils eingenommen hat, und daß dabei alle rechtlichen Ausführungen ausgeschlossen sind, wodurch die Unrichtigkeit der früheren Beurtheilung an und für sich dargethan werden soll; so daß es immer nur darauf ankommt, ob der Richter, wenn er schon bei seiner früheren Entscheidung auch die jetzigen nova mit zu würdigen gehabt hätte, für den Imploranten günstiger erkannt haben würde.[3]

---

[3] Entscheidung des Obertribunals vom 22. Jänner 1824 i. S. B. gegen L.; vom 22. Septbr. 1832 in Sachen A. gegen St.; vom

Man kann daher dem Verfasser des Aufsatzes darin nicht beistimmen, daß die Partei durch das Rechtsmittel der Restitution in die Lage versetzt werde, als wäre noch gar kein Erkenntniß gegen sie erfolgt. Endlich kann die Nichtverfolgung der Berufung für die Partei auch im Verhältniß gegenüber von Dritten nachtheilige Folgen haben, z. B. bei einem Eviktionsprozesse den Verlust des Regresses bewirken l. 63. §. 2 D. de evict. (21, 2.). Was aber das vermeintliche Instanzenrecht betrifft, auf welches in dem Aufsatze so großer Werth gelegt wird, so ergibt sich eines Theils schon aus dem vorhin Angeführten, welch' eine für das materielle Recht gefährliche Befugniß es wäre, die hier der implorantischen Partei vindizirt werden will; andern Theils beruht jener Einwurf auf einem Mißverständnisse des Prinzips eines dreifachen Instanzenzugs, welcher nur zum Zwecke einer mehrmaligen Prüfung und Entscheidung der Sache überhaupt, nicht aber dazu eingeführt ist, daß über jedes einzelne neue Beweismittel oder über jede neue Einrede in allen zulässigen Instanzen erkannt werde. Wie würde denn sonst mit diesem Prinzip die Befugniß, in der höheren, selbst in der höchsten Instanz neue Thatumstände oder Beweise vorzutragen, vereinbar seyn? Und wie hätte sonst verordnet werden können, daß über Restitutionen wegen neu entdeckten Vorbringens derjenige Richter, welcher zuletzt in der Sache erkannte (also möglicher Weise das oberste Gericht) zu entscheiden habe? (Art. 50, Satz 2 des Gesetzes vom 21. Mai 1828.).

Wie (zu 4) daraus, daß das während des Berufungszugs neuentdeckte Material nur mittelst der Berufung geltend gemacht werden darf, folgen soll, daß das Rechtsmittel der Restitution auch derjenigen Partei zu Statten komme, welche nachlässiger Weise erst nach Erledigung der

---

8. Oktbr. 1835 in Sachen H. gegen K.; vom 8. Dez. 1843 in Sachen H. gegen L.; vom 2. Septbr. 1848 in Sachen F. gegen G.

Berufungsinstanz das Neue entdeckt habe, oder welche es verheimliche, dasselbe schon früher entdeckt zu haben, ist schwer zu begreifen. So Etwas könnte nur bei einem Richter vorkommen, welcher einfältig genug ist, die Nachlässigkeit der Partei oder die von ihr versuchte Täuschung nicht zu durchschauen und nicht sofort ein solch' unstatthaftes Restitutionsgesuch zu verwerfen.

Nachdem durch das Voranstehende die Einwürfe widerlegt seyn dürften, welche der Verfasser gegen die aus-ausschließliche Statthaftigkeit der Appellation in dem unterstellten Falle gemacht hat, so sind nun noch die Gründe darzulegen, welche positiv für diese Ansicht sprechen.

Die Prozeßrechtslehrer, welche sich über die Frage äußern, erklären sich in der Mehrzahl dafür, daß die Restitution wegen neuen Vorbringens, vermöge ihrer blos subsidiären Natur, nur dann stattfinde, wenn ein formell gültiges Urtheil nicht mehr durch ein ordentliches Rechtsmittel als ungerecht angefochten werden könne. Nun läßt sich allerdings — und darin ist dem mehrerwähnten Verfasser beizustimmen — der dem bürgerlichen Rechte angehörige Grundsatz der Subsidiarität der Restitution wider nachtheilige Handlungen oder Rechtsgeschäfte ꝛc. nicht auf das prozessualische Verhältniß der ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittel gegen Erkenntnisse analog anwenden, da diese ihre eigenthümlichen Voraussetzungen und Erfordernisse haben. Indessen muß man doch im Resultate die Ansicht jener Prozeßrechtslehrer für richtig erklären. Es ist hiebei davon auszugehen. daß das Prozeßgesetz die Berufung als das ordentliche, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen neuen Vorbringens als das außerordentliche Rechtsmittel bezeichnet; daß durch die Berufung vermöge ihrer Devolutivwirkung die ganze Sache, einschließlich des neuen dem Unterrichter noch nicht vorgelegenen Materials, an den Oberrichter erwachsen ist, und daß, indem das Gesetz die Restitution als Rechtsmittel gegen ein rechtskräftiges Urtheil verstattet, dabei selbst-

verständlich als Thatsache vorausgesetzt wird, daß zur Zeit der Entdeckung des Neuen das Urtheil, gegen welches die Restitution nachgesucht wird, schon rechtskräftig gewesen sey;[4] endlich daß diese thatsächliche Voraussetzung der Restitution, wie die Devolutivwirkung der Appellation, auf Gründen der öffentlichen Ordnung beruht, woran durch die Privatwillkühr einer Partei nichts geändert werden darf.

Man könnte vielleicht einwenden, aus dem Begriffe eines außerordentlichen Rechtsmittels folge nur, daß es selbst dann, nachdem das Urtheil durch den Ablauf der Nothfrist zur Anmeldung oder zur Rechtfertigung der Berufung rechtskräftig geworden, noch stattfinde, wie denn das andere außerordentliche Rechtsmittel, die Nichtigkeitsklage, sowohl vor als nach dem Eintritt der prozessualischen Rechtskraft erhoben werden kann. Allein der Unterscheidung zwischen ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmitteln liegt nicht allein jene Rücksicht, sondern auch die weitere auf die eigenthümlichen Voraussetzungen und Wirkungen der Rechtsmittel zu Grunde. Die Nichtigkeitsklage und das Rechtsmittel der Restitution haben zwar die Eigenschaften miteinander gemein, daß beide ohne Rücksicht auf eine Beschwerdesumme stattfinden, daß für beide keine Noth-Fristen vorgeschrieben sind, sondern sie nur durch Verjährung erlöschen, und daß sie regelmäßig die Vollstreckung nicht aufschieben; aber in allen übrigen Beziehungen sind sie wesentlich von einander verschieden; jene ist ein devolutives Rechtsmittel und kann mit der Berufung kumulirt

---

[4] Dieß wurde von dem Obertribunal angenommen in einer Entscheidung v. 12. Mai 1854 in Sachen K. gegen S. In der Debitsache des H. A. von W. war gegen das von dem Obertribunal gefällte Lokationsurtheil um Restitution wegen (angeblich) neu entdeckter Beweise gebeten und eventuell die Appellation eingelegt worden. Die Restitution wurde als unzuläßig verworfen, weil dieses Rechtsmittel die Rechtskraft des Erkenntnisses, gegen welches Restitution gesucht werde, voraussetze, diese Rechtskraft aber durch die von dem Inten eingelegte Ation gehemmt sey.

werden; die Restitution ist ein nicht devolutives Rechtsmittel und läßt schon deßhalb eine gleichzeitige Häufung mit der Berufung nicht zu; die Nichtigkeitsklage findet Statt, wenn das angefochtene Urtheil gegen eine wesentliche Prozeßvorschrift oder gegen einen klaren Rechtsgrundsatz verstößt; die Restitution setzt ein formell giltiges und rechtskräftiges Urtheil voraus. Die Nichtigkeitsklage kann nur aus den bisherigen Akten gerechtfertigt werden; die Restitution erfordert wesentlich zu ihrer Begründung neue Thatumstände oder Beweise. Daraus also, daß noch vor dem Ablaufe der Berufungsnoth-Frist die Nichtigkeitsklage angebracht werden kann, läßt sich nicht das Gleiche auch für die Restitution folgern, eben weil der Umstand, ob das Urtheil schon die prozessualische Rechtskraft erlangt hat, für die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage ganz unerheblich ist.

In der That lagen auch für die Gesetzgebung keine Gründe vor, einer Partei, welche zur Zeit der Entdeckung des Neuen in der Lage ist, dasselbe mittelst des für sie in jeder Beziehung vortheilhafteren Rechtsmittels der Berufung geltend zu machen, noch das außerordentliche Rechtsmittel der Restitution zu verstatten, und ihr die Wahl zwischen beiden zu überlassen; vielmehr sprechen innere Gründe der Zweckmäßigkeit ebensosehr als die Beschleunigung der endlichen Erledigung der Sache für die Beschränkung der Partei auf das ordentliche Rechtsmittel. Denn der höhere Richter, an den die Sache durch Appellation gebracht wird, würdigt gewiß das neue Vorbringen unbefangener, als der vorige Richter, der bereits gegen den Imploranten erkannt hat, und wenig geneigt ist, sein eigenes Urtheil aufzuheben; in manchen Fällen findet vielleicht der Oberrichter die Beschwerde schon ohne Hinzunahme der neuen Momente begründet und die Einleitung eines umständlichen Verfahrens über diese entbehrlich, oder nach seiner, von der des Unterrichters abweichenden, rechtlichen Auffassung der Sache das neue Vorbringen ganz unerheblich und aus diesem Grunde ein weiteres Verfahren unnöthig; erachtet er aber das Neue für erheblich, so

wird das Verfahren hierüber im Berufungszuge kaum mehr Zeitaufwand und Kosten verursachen, als in dem ersten Rechtszuge, und wenn es sich nur von der Wahl zwischen der zweiten und dritten Instanz handelt, kein Unterschied in dieser Beziehung stattfinden; in jedem Falle aber den Parteien eine Instanz erspart, und für sie noch das gewonnen, daß sie mit dem erst nach Fällung des Urtheils entdeckten Neuen auch diejenigen Thatsachen und Beweise, die sie schon früher kannten, aber nicht benützt haben, noch geltend machen können. Endlich kommt auch noch die Rücksicht auf die Gegenpartei, der es um baldige Erledigung des Rechtsstreits zu thun ist, und vorzüglich das Interesse in Betracht, welches der Staat dabei hat, daß nicht eine schon an die höhere Instanz erwachsene Sache nochmals die untere Instanz zu durchlaufen habe.

Nur in dem Falle, wenn eine Partei, nachdem das ihr nachtheilige Erkenntniß prozessualisch rechtskräftig geworden, also durch das ordentliche Rechtsmittel der Berufung nicht mehr anfechtbar ist, neue Thatumstände oder Beweise entdeckt, welche, hätte sie davon früher Gebrauch machen können, eine ihr günstigere Entscheidung zur Folge gehabt haben würden, lag mithin das Bedürfniß vor, der schuldlosen Partei noch durch ein außerordentliches Rechtsmittel Hilfe zu gewähren, soweit es nach der Sachlage noch möglich ist, und nur für diesen Fall ist es ihr gewährt worden.

Von einer Subsidiarität des Rechtsmittels der Restitution in dem gewöhnlichen Sinne, wonach man von einem gewissen Rechtsverfolgungsmittel erst nach vergeblicher Erschöpfung der für diesen Zweck zustehenden anderweiten Mittel Gebrauch machen darf, kann demnach bei jenem Rechtsmittel nicht die Rede seyn, eben weil es in dem gegebenen Falle das e i n z i g e von dem Gesetze verstattete R e c h t s m i t t e l ist.

Hiermit zerfallen von selbst die scharfsinnigen Folgerungen, welche unser Verfasser aus jenem Begriffe abgeleitet und womit er den Grundsatz in das Absurde zu ziehen gesucht hat, daß nämlich eine an sich begründete Restitution

dann nicht ertheilt werden dürfte, wenn sich bei der Entscheidung darüber ergäbe, daß das vorige Erkenntniß an sich beschwerend gewesen, und daß bei jeder Restitution ob nova untersucht werden müßte, ob dem Imploranten nicht im Wege der Appellation, wenn er solche ergriffen oder bei wirklicher Verfolgung derselben nicht Etwas versehen hätte, hätte geholfen werden können. Die Statthaftigkeit der Restitution ist keineswegs dadurch bedingt, daß der Jant sogar schon vor der Entdeckung des Neuen nichts in Ergreifung und Rechtfertigung der Appellation gegen das ihm nachtheilige Erkenntniß versäumt habe; eine solche Zumuthung wäre um so weniger begründet, als er ja möglicher Weise gar keine Gründe hatte, das Erkenntniß anzufechten, ehe er die neuen Vertheidigungs- oder Beweismittel entdeckte; in eine Beurtheilung der Rechtmäßigkeit der früheren Entscheidung darf der Restitutionsrichter bekanntlich gar nicht eingehen, und die Ausführung des Inten, daß dieselbe schon nach der früheren Sachlage beschwerend sey, gar nicht beachten; er hat sich lediglich auf die Prüfung zu beschränken, ob nach den Prämissen seines früheren Urtheils durch das neue Vorbringen, in Verbindung mit dem früher Vorgebrachten, eine andere Entscheidung begründet sey. Nicht einmal davon hängt die Zulässigkeit der Restitution ab, daß der Implorant zuvor den Versuch gemacht habe, gegen die Versäumung der Appellation Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auszuwirken. Es wird mehr nicht vorausgesetzt, als daß zur Zeit der Entdeckung des Neuen das Erkenntniß formell rechtskräftig ist. Diese Eigenschaft erlangt es durch die Erklärung der Partei, daß sie sich bei dem Erkenntniß beruhige; durch Verzicht auf die Berufung; durch die Versäumung der Nothfrist zu Anmeldung der Berufung, oder derjenigen zu Rechtfertigung der gehörig angemeldeten Berufung;[5] ferner mit

[5] Die von dem Obertribunal am 20. Septbr. 1852 in Sachen M. u. Gen. gegen W. (vergl. Note 7) erörterte Frage: ob die Nichteinreichung einer Beschwerdeschrift binnen der zweiten Ations-

der Verkündung des Erkenntnisses in einer überhaupt nicht oder nicht weiter appellabeln Sache. Ob der Implorant es für vortheilhafter erachtet, statt um Wiederherstellung einer versäumten oder verzichteten Appellation zu bitten, sich mit einem Restitutionsgesuche wegen neuen Vorbringens an den vorigen Richter zu wenden, bleibt seinem Gutdünken überlassen.

Ist hingegen zur Zeit der Entdeckung des Neuen das Urtheil noch nicht formell rechtskräftig, so hängt es von dem Zeitpunkt dieser Entdeckung an nicht mehr von der Willkühr der Partei ab, diese Rechtskraft durch eine Willenshandlung von ihrer Seite, z. B. dadurch, daß sie die Ation anzumelden oder auszuführen unterläßt oder auf die ergriffene Ation verzichtet, herbeizuführen. Selbst eine unabsichtliche Versäumung der zu Wahrung dieses Rechtsmittels erforderlichen Schritte hat nicht die Wirkung, daß die Partei nun die vor dieser Versäumung entdeckten nova, die sie im Berufungszuge hätte geltend machen müssen, mittelst eines bei dem vorigen Richter anzubringenden Restitutionsgesuchs nachschleppen dürfte. Entdeckt der Ant erst nach Einreichung der Beschwerdeschrift und Ablauf der Nothfrist die nova, so muß er in diesem Falle sich der prätorischen Restitution bedienen, um die Berücksichtigung derselben in dem noch offenen Appellationszuge zu bewirken.

Alles dieses folgt aus der erwähnten, der Privatwillkühr entrückten Voraussetzung der Statthaftigkeit des Rechtsmittels der Restitution, beziehungsweise aus dem unten noch zu erwähnenden Grundsatze, daß der Implorant es nicht selbst verschuldet haben dürfe, das neue Vorbringen erst nach dem Eintritt der Rechtskraft des Urtheils entdeckt zu haben.

Nothfrist einen stillschweigenden Verzicht auf die Berufung oder eine Versäumung enthalte, gehört der Casuistik an, ist aber bezüglich der Statthaftigkeit des Rechtsmittels der Restitution unerheblich, da in dem einen wie in dem andern Falle das Urtheil formell rechtskräftig wird, und es nur darauf ankommt, ob erst nach dem Eintritte dieser Rechtskraft das Neue entdeckt wurde.

Nur in einem Falle ist ein Restitutionsgesuch zuläßig, auch so lange das Urtheil noch nicht in Rechtskraft übergegangen ist, nämlich wenn in einer zur Revision geeigneten Sache nach Eröffnung des Urtheils neue Thatumstände oder Beweise entdeckt werden; aber nur deßhalb, weil vermöge der besondern Bestimmung in §. 33 der Instruktion für das Oberappellationstribunal vom 8. Mai 1806 in dem Revisionsverfahren überhaupt keine nova vorgebracht werden dürfen.[6]

Nach dem Bisherigen ist also die Zuläßigkeit des Rechtsmittels der Restitution dadurch bedingt, daß der Int das neue Vorbringen erst zu einer Zeit entdeckt habe, wo das Erkenntniß, gegen welches er restituirt seyn will, schon die prozessualische Rechtskraft erlangt hatte. Außerdem darf, vermöge eines durchgreifenden Grundsatzes bei jeder Art von Restitution, wonach diese demjenigen versagt wird, welcher durch eigene unentschuldbare Nachläßigkeit den Nachtheil erlitten hat, l. 7. pr. in f. D. de in integr. restit. (4, 1),

---

[6] In der durch Urtheil des Obertribunals vom 19. Juni 1852 entschiedenen Ationssache H. J. gegen v. L. hatten die Bekl. Revision ergriffen, und kurz nach Einreichung des Revisionslibells ein Gesuch übergeben, worin unter Vorlegung einiger Urkunden, welche ihr Anwalt in zweiter Instanz vorzulegen versäumt habe, um (prätorische) Restitution gegen diese Versäumung, zugleich auch wegen Minderjährigkeit einiger Bekl., gebeten. Dieses Gesuch wurde bis nach Erledigung der Revision beruhen gelassen; nachdem aber die Revision durch Erkenntniß vom 11. Januar 1854 als unbegründet verworfen war, so wurde durch Erkenntniß des Obertribunals, als Ationsgerichts, vom 13. Mai 1854 das Restitutionsgesuch gegen jene beiden Erkenntnisse als materiell unbegründet abgeschlagen, indem man dessen formelle Statthaftigkeit dahin gestellt ließ. — Da auch gegen dieses Erkenntniß noch einmal hätte Revision ergriffen werden können, und da die Frage, ob nicht auch in Fällen solcher Art die Competenzbestimmung in Art. 50, Satz 2 des Gesetzes vom 21. Mai 1828 Platz greife, nicht unzweifelhaft ist, so hätte es einfacher geschienen, wenn das Revisionsgericht, mit einstweiliger Aussetzung seiner Entscheidung, das Restitutionsgesuch an das Ationsgericht zur Erledigung zurückgewiesen hätte, um dann auf einmal über die ganze Sache entscheiden zu können.

l. 15. §. 3. l. 16. D. ex quib. caus. maj. (4, 6) den Inten nicht der Vorwurf treffen, daß er bei gehöriger Aufmerksamkeit und Sorgfalt die neuen Beweismittel ꝛc. eben wohl schon während des früheren Verfahrens, als jetzt erst, hätte auffinden und beischaffen können.

Zu gehöriger Begründung des Restitutionsgesuchs in dieser formellen Richtung wird daher die Angabe und der Nachweis der näheren Thatumstände über die Zeit, die Veranlassung und Art der neuen Entdeckung erfordert, damit der Richter in den Stand gesetzt werde, die Rechtzeitigkeit der Erhebung des Rechtsmittels und die Schuldlosigkeit des Inten zu beurtheilen. Diese Prüfung hat der Richter hier, wo es sich von der Anfechtung eines rechtskräftigen Urtheils handelt, ebenso gewiß von Amtswegen vorzunehmen, als ihm solche hinsichtlich der Förmlichkeiten und Nothfristen des ordentlichen Rechtsmittels der Berufung obliegt und in täglicher Uebung strenge gehandhabt wird. Es ist daher kaum anzunehmen, daß das Obertribunal in der am 20. Sept. 1852 entschiedenen Sache M. und Gen. gegen W., Bürgschaft betreffend,[7] Monatschrift a. a. O. S. 467) über die formelle

---

[7] Der Einsender war bei der Entscheidung dieser Sache nicht anwesend. — Der Kläger hatte gegen das erstrichterliche Urtheil vom 5. Febr. 1848, wodurch er mit seiner Klage abgewiesen wurde, rechtzeitig appellirt, einige Tage nach dem Ablaufe der zweiten Nothfrist, ohne eine Beschwerdeschrift eingereicht zu haben, am 10. Juni 1848 die Berufung zurückgenommen und seine Absicht erklärt, ein Restitutionsgesuch wegen neu aufgefundener Zeugen bei dem vorigen Richter einzureichen. In dem am 6. Septbr. 1849 übergebenen Restitutionsgesuch wurden weitere Zeugen darüber vorgeschlagen, daß der Bekl. in dem Wirthshause des Ortes dem Kläger Bürgschaft geleistet habe. Ungeachtet in dem Restitutionsgesuche nicht einmal über die Zeit und Art der Entdeckung dieser neuen Zeugen Etwas angegeben war, leitete doch das Oberamtsgericht das Verfahren ein und fällte dann am 5. Oktbr. 1850 ein durch den Erfüllungseid des Inten bezüglich der Hauptsache bedingtes Urtheil. Die Berufung des Inten hierwider verwarf der Gerichtshof am 10. März 1851 wegen Mangels einer Beschwerde, und am 20. Septbr. 1852 wurde

Seite des Restitutionsgesuchs aus dem Grunde, weil die Frage in den Verhandlungen nicht beanstandet war, sich nicht ausgesprochen habe.[8] Auch bei der Berufung wird ja die Prüfung ihrer Zuläßigkeit nicht von einer Bestreitung derselben Seitens des Appellaten abhängig gemacht, sondern schon vor der Einleitung des Verfahrens angestellt; sollte sich dieß bei der Restitution gegen ein rechtskräftiges Urtheil, wodurch die Gegenpartei schon Rechte erworben hat, anders verhalten? Es ist auch keineswegs die exceptio rei judicatae, welche der Gegner dem Restitutionsantrage entgegenzusetzen hätte; denn diese bezieht sich immer nur auf die Materie der Sache, auf den Inhalt des Urtheils, während der Implorat in jenem Falle nur einen formellen Mangel rügt, welchen der Richter sofort nach Erhebung des Rechtsmittels von Amtswegen zu beachten gehabt hätte.

Hinsichtlich der Frage von der Zeit der Entdeckung des neuen Vorbringens wird zwar in dem mehrgedachten Aufsatze

---

dieses Urtheil von dem Obertribunal bestätigt. Dabei beruhigte sich der Bekl. nicht, sondern brachte bei dem Obertribunal am 29. Okt. 1852 ein neues Restitutionsgesuch an, indem er sich auf Zeugen dafür berief, daß ein in dem frühern Verfahren abgehörter Zeuge damals so krank gewesen sey, daß er sein Haus nicht habe verlassen können, mithin seine Aussagen wahrheitswidrig seyn müssen, und daß der Kläger einen der früheren Zeugen habe „dingen" wollen. Nachdem auch diese Zeugen noch vernommen waren, wurde endlich durch das Urtheil des Obertribunals v. 28. Dez. 1853 das wiederholte Restitutionsgesuch abgeschlagen.

[8] In den Entscheidungsgründen zu dem Erkenntniß vom 8. Dezbr. 1843 in Sachen H. gegen L., wo die Frage zum ersten Mal auftauchte, wurde sie damit umgangen: „wenn man auch davon absieht, ob einer Partei, welcher das ordentliche Rechtsmittel der Ation zu Gebote steht, gestattet sey, statt sie zu verfolgen, und mittelst derselben ihr neues Vorbringen in der höhern Instanz geltend zu machen, des außerordentlichen Rechtsmittels der Restitution sich zu bedienen, so stellt sich doch die von dem Anten erhobene Beschwerde, daß seinem Restitutionsgesuche nicht Statt gegeben worden, jedenfalls als materiell unbegründet dar."

(S. 469) weiter behauptet: nach gemeinem und württembergischem Verfahren werde „bekanntlich" nicht der Beweis gefordert, daß dem Inten die neuen Beweise auch nicht während des Laufs der Ationsfrist bekannt gewesen seyen; „man begnüge sich mit dem Beweise, daß sie im Laufe der betreffenden Verhandlungen nicht bekannt waren."

Welcher Grundsatz nach dem gemeinen deutschen Prozeßrechte als richtig anzuerkennen sey, kann hier dahin gestellt bleiben, da wenigstens nach württembergischem Rechte und neuerem Gerichtsgebrauch jene Behauptung für unrichtig erklärt werden muß.

Das Landrecht Th. I. tit. 50. §. 2. gestattet nach erfolgtem Aktenschlusse weiteres Vorbringen der Parteien nicht; „sie könnten denn mit ihrem Eid betheuern, daß sie solche neue Beweisung und ferner Einbringen nicht gefährlicher oder verzüglicher Weise suchen, auch selbige erst nach dem Beschluß erfahren," und ebenso werden in jener Lage des Rechtsstreits nach tit. 49. §. 4. schriftliche Beweise nur zugelassen, wenn die Partei beschwört, daß ihr dieselben zuvor unbewußt gewesen, sondern sie solche erst in Erfahrung gebracht habe.

Durch das IV. Edikt vom 31. Dezbr. 1818. §. 116. wurde der Gefährde-Eid aufgehoben, und künftig die innere Wahrscheinlichkeit der Angabe der Partei, daß ihr die neuen Vertheidigungsmittel bisher unbekannt gewesen, für hinreichend erklärt. Hinsichtlich des Erfordernisses, daß die Partei bei Vornahme der betreffenden Prozeßhandlung die jetzt erst geltend gemachten Vertheidigungs- oder Beweismittel noch nicht gekannt habe, verblieb es also bei dem früheren Rechte (mit der Ausnahme in §. 126, Ziff. 2 des IV. Edikts für das Verfahren vor den Bezirksgerichten). Fehlt es dem Vorbringen der Partei an der nöthigen thatsächlichen Begründung der Zuläßigkeit des neuen Vorbringens in der gegenwärtigen Lage des Rechtsstreits, so pflegt das Obertribunal hierüber die erforderliche Ergänzungsauflage an die Partei zu erlassen. Dieß geschah z. B. am 13. Mai 1836 in Sachen

S. gegen L., wo der Bekl. den in erster Instanz ihm zugeschobenen Eid angenommen hatte und in dritter Instanz um Restitution gegen diese Eidesannahme bat, weil er neue Zeugen entdeckt habe; hier wurde darüber instruirt, ob der Bekl. zur Zeit, als er über die Annahme des angetragenen Eides sich erklärte, diese Beweismittel noch nicht gekannt habe. Ferner am 10. Novbr. 1837 in Sachen W. gegen B., wo in dritter Instanz um Restitution gegen die Zuschiebung eines von dem Gegner angenommenen und vom Richter zweiter Instanz auferlegten Eides gebeten wurde, weil der Deferent inzwischen Zeugen entdeckt habe, aus deren Angaben Verdachtsgründe gegen die Wahrhaftigkeit des Delaten sich ergäben. Hier wurde der Int zu näherer Angabe aufgefordert wann, wo, von wem, in wessen Gegenwart er die angeblichen Aeußerungen der vorgeschlagenen Zeugen erfahren habe, indem nur hieraus sich beurtheilen lasse, ob die Angabe des Inten, daß ihm diese Zeugen bisher unbekannt gewesen, innere Wahrscheinlichkeit habe.

Wird schon bei dieser (prätorischen) Restitution gegen eine Prozeßhandlung oder Versäumung in einer noch nicht rechtskräftig erledigten Sache eine Darlegung über die Zeit und die näheren Umstände der angeblichen neuen Entdeckung erfordert, welche es wahrscheinlich macht, daß der Int bei Vornahme der betreffenden Prozeßhandlung die jetzt erst geltend gemachten Vertheidigungsmittel oder Beweise noch nicht gekannt habe, so muß dieß noch mehr dann gelten, wenn der Int aus diesem Grunde gegen ein *rechtskräftiges* Urtheil restituirt werden will, und zwar genügt in diesem Falle nicht eine bloße *Wahrscheinlichkeit*, sondern es muß, wie schon in den Bemerkungen der Referenten zu §. 159 des IV. Edikts gesagt ist, wegen des durch das rechtskräftige Erkenntniß begründeten formellen Rechtes, von dem Inten *erwiesen* werden, daß die jetzt vorgelegten nova ihm vorher wirklich unbekannt gewesen seyen, und es kann dem Inten in dieser Richtung nöthigenfalls ein Ergänzungseid auferlegt

werden.[9] Die Führung dieses Beweises und der Entschuldbarkeit der verspäteten Entdeckung[10] läßt sich meines Erachtens kaum anders bewirken, als unter Angabe der näheren Umstände dieser Entdeckung, namentlich der Umstände, welche den Inten auf die neuen Beweismittel aufmerksam gemacht haben, und es muß ein dießfälliger Mangel in der Begründung des Restitutionsgesuchs schon im Voraus die Zulassung der neuen Beweise sehr bedenklich machen und den Richter zur genauen Erforschung des wirklichen Sachverhalts veranlassen. Erlangt er hiebei die Ueberzeugung, daß der Int die neuen Thatumstände oder Beweise bei gehöriger Fleißanwendung schon während des früheren Verfahrens oder noch ehe das Urtheil die Rechtskraft beschritten, hätte ausfindig machen und benützen können, so ist das Restitutionsgesuch sofort abzuschlagen. Eine Fahrläßigkeit des Inten wurde von dem Obertribunal namentlich dann angenommen, wenn die vorgelegten neuen Beweismittel in öffentlichen Urkunden, z. B. in Unterpfandsbüchern, archivalischen Lagerbüchern, bestehen, deren Einsicht er sich jederzeit verschaffen konnte;[11] oder wenn der Jant schon früher

[9] Dieß geschah z. B. durch das Erkenntniß des Obertribunals vom 8. Okt. 1835 in Sachen H. gegen K., wo die angegebene Zeit und Art der Entdeckung durch das Vorbringen des Inten und durch in der Sache selbst liegende Gründe in hohem Grade wahrscheinlich gemacht war.

[10] Entscheidung des Obertribunals vom 9. Juni 1854 in Sachen B. gegen St.

[11] Entscheidung des Obertribunals vom 3. April 1857 in Sachen S. gegen W., worin zugleich ausgesprochen wurde, daß auch die außer den öffentlichen Urkunden vorgeschlagenen Zeugen nicht zuläßig seyen, weil der Int ihre Namen aus jenen öffentlichen Urkunden hätte entnehmen können; die Einräumung des Inten aber, die Zeugen als neue gelten lassen zu wollen, für den Richter nicht maßgebend sey, weil das Erforderniß, daß die neuen Beweise vor dem rechtskräftigen Urtheil von dem Inten bei Anwendung der nöthigen Sorgfalt nicht entdeckt werden konnten, dem öffentlichen Rechte angehöre, woran durch die Uebereinkunft der Parteien nichts geändert werden könne. — Entscheidung des Obertribunals vom 14. Juli 1857 in Sachen v. M. gegen O. F. K.

wußte oder wissen konnte, daß die jetzt von ihm vorgeschlagenen Zeugen über die zu beweisende Thatsache aus eigener Wahrnehmung werden Auskunft geben können, und er gleichwohl in dem früheren Verfahren unterließ, sich hierüber zu erkundigen und die Zeugen als Beweismittel zu benützen.[12] Daher ist auch die Behauptung, daß der Jant sich der jetzt von ihm vorgeschlagenen Beweismittel während des früheren Verfahrens „nicht erinnert habe", keineswegs geeignet, diesen als versäumt zu betrachtenden Beweismitteln in dem Restitutionsverfahren noch Eingang zu verschaffen.[13]

Das Resultat der vorstehenden Ausführung ist, daß das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß wegen neuen Vorbringens mit dem Rechtsmittel der Berufung nicht elektiv konkurrirt,[14]

---

[12] Entscheidung des Obertribunals vom 27. Novbr. 1857 in Sachen T. gegen B.

[13] Entscheidung des Obertribunals vom 16. Mai 1854 in Sachen St. gegen St.

[14] Hiermit stimmt auch die Rechtsprechung des Ober-Ations-gerichts in München überein. In einer Revisions- (Oberations-) Sache hatten die Revidenten, nach Einreichung der Revisionsschrift, noch ein eventuelles Restitutionsgesuch wegen neu entdeckter Zeugen bei dem Unterrichter mit dem Antrag angebracht, dasselbe erst nach Eingang des oberstrichterlichen Erkenntnisses, falls dadurch ihren Beschwerden nicht abgeholfen würde, zu verhandeln. Der oberste Gerichtshof jedoch in Erwägung, daß die ganze Sache an ihn erwachsen sey, das neue Vorbringen sich nur zur Verbindung mit dem eingewandten Rechtsmittel, nicht aber zum willkührlich aufschiebenden Vorbehalt bis nach rechtskräftiger Erledigung des Hauptbeweisverfahrens eigne, und das außerordentliche Rechtsmittel der Restitution gegen ein rechtskräftiges Urtheil seiner Natur nach nicht Statt finde, solange noch ein ordentliches Rechtsmittel übrig sey, beschloß das Restitutionsgesuch an sich zu ziehen und so zu erledigen, als wenn es der Revisionsschrift einverleibt wäre, vgl. das Erk. v. 28. Juni 1853 bei Seuffert Blätter für Rechtsanwendung 1854 Bd. 19, S. 111.

Ebenderselbe oberste Gerichtshof hat am 8. März 1853 ausgesprochen, daß wenn die Gerichte berufen seyen, das vorgeblich neue

sondern nur dann stattfindet, wenn der Int die seinem Gesuche zum Grunde liegenden Thatumstände oder Beweismittel erweislich ohne sein Verschulden erst nachdem das Erkenntniß die Rechtskraft beschritten, neu entdeckt oder beizubringen vermocht hat. Möge dieselbe dazu beitragen, daß die Gerichte bei der Prüfung der Statthaftigkeit solcher Gesuche ihr Prozeßleitungsamt mit Strenge ausüben, damit dem das Recht der Gegenpartei verletzenden, die Herstellung des endlichen Rechtsfriedens verzögernden Mißbrauche dieses Rechtsmittels kräftig begegnet und die Achtung vor der Autorität rechtskräftiger Urtheile befestigt werde.

---

3) Zur Lehre vom Markungsrechte.

(Aus den hinterlassenen Papieren des früheren Herausgebers.)

A. Einleitung.

§. 1. Vorbemerkung.

Eine umfassende Erörterung der vorliegenden Materie darf von der nachstehenden Ausführung nicht erwartet werden. Eine theoretische Darstellung und selbst eine auch nur einigermaßen erschöpfende Behandlung derselben würde eine Monographie erfordern. Die Absicht des Verfassers ist blos die, für die Auffassung und Beurtheilung der auch bei den Gerichten häufig vorkommenden Fälle, wo das Markungsverhältniß in Frage kommt, einige Anhaltspunkte zu geben, um so mehr, als man von literarischen Hilfsmitteln ziemlich verlassen ist, und denen, welche nicht im Verwaltungsfache ge-

---

Auffinden von Zeugen zu beurtheilen, der Partei auch obliege, die Art wie, die Zeit wann sie solche entdeckte, sowie den Anlaß hiezu näher zu entwickeln, um diesem Zusammenhange näher auf den Grund sehen zu können. Seuffert a. a. O. 1853 Bd. 18. Ergänzgsbl. S. 48.

arbeitet haben, selbst die faktischen Verhältnisse meist fremd sind. [1]

§. 2. Allgemeine Gesichtspunkte.

Das Markungsverhältniß hat theils eine bloß faktische, theils eine rechtliche Bedeutung, welche beide Beziehungen, zumal bei Beurtheilung älterer Verhältnisse scharf auseinander zu halten sind. Das Markungsverhältniß als faktischer Zustand begreift die durch besondere Versteinung, Marksteine, geschehene Abgrenzung eines Grundflächendistrikts, oder m. a. W. der einem bestimmten Verband einverleibten Grundstücke, Baustätten, Aecker, Wiesen, Waldungen, Egerten. Das Markungsverhältniß als rechtlicher Zustand bildet sich durch die Beziehung auf verschiedene mit dem faktischen Zustand verknüpfte rechtliche Eigenschaften und Folgen. Diese sind theils privatrechtlicher Natur, welche Beziehung in älteren Zeiten mehr hervortrat, z. B. bezüglich des Waidgangs, der Waldbenützung 2c., theils öffentlich rechtlicher Natur, welche in der neueren Zeit, wo die veränderten staatlichen Einrichtungen und Grundsätze, insbesondere die in dem Gemeinde-, Gutsherrlichkeits- und Lehensverhältniß eingetretenen Aenderungen ein neues System zur Folge hatten, und namentlich den Markungs- und Gemeindeverband in eine enge Beziehung brachten, die vorherrschende geworden ist. In letzterer Hinsicht sind besonders die Beziehungen des Markungsverbandes auf das Steuerverhältniß, die Jurisdiktion und Polizei, und manche öffentlich-rechtliche Anstalten, insbesondere Wege, hervorzuheben. Diese rechtlichen Beziehungen traten in früherer Zeit bezüglich aller Markungsinhaber hervor, reduziren sich

---

[1] Von kompendiarischen Hilfsmitteln werden hier folgende bezeichnet: Reyscher, Württ. Priv. R. Bd. I. §. 231. 246. Bd. III. §. 759. Maier, Gemeindewirthschaft 1851. §. 4. 109. 211. Von älteren Werken wird angeführt: Beck, Recht der Gränzen und Marksteine, Nürnberg 1754, ein Buch, welches manche zu einer klaren Auffassung des Verhältnisses dienende Ausführungen enthält.

aber jetzt, je nachdem die Gesetzgebung das Prinzip der Unterordnung der öffentlich rechtlichen Stellung der Einzelnen unter den Gemeindeverband durchgeführt hat, mehr oder weniger auf den letzteren. Soweit das Markungsverhältniß mit dem Gemeindeverband zusammenfällt, lassen sich die Ausflüsse des Markungsrechts unter folgende Kategorien bringen.

1) Rechte, welche die Gemeinde auf dem Markungsbezirk im Namen des Landesherrn, des Staats, auszuüben und Pflichten, welche sie in dieser Beziehung zu erfüllen hat, namentlich gewisse Jurisdiktionsbefugnisse, Landessteuerpflicht, Herstellung der Vizinalstraßen, gewisse Leistungen zu den Staatsstraßen.

2) Solche, welche ihr vermöge ihrer Stellung als Gemeinde zufallen; Abgaben zum Behuf der Bestreitung der Lasten des Verbands, in dem sie mit anderen Gemeinden steht, Amtskorporationssteuern (sogen. Amtsschaden), sowie zu Bestreitung ihrer eigenen Gemeindelasten, Gemeindesteuern (sog. Gemeindeschaden), Erhaltung der Gemeindewege.

3) Solche, welche der Gemeinde als Privatperson oder deren Genossen zukommen, Eigenthums- und Nutzungsrechte, an Allmanden, gemeinschaftlichen Waldungen &c.

Die Beziehungen des Markungsverhältnisses zum Gemeindeverband erhalten wieder eine besondere Nuancirung dadurch, daß der Gemeindeverband theils durch die auf den Staatsverein gegründete Gemeinschaft gebildet wird, (politischer Gemeindeverband) theils, bei Gemeindeparzellen, bloß eine wirthschaftliche Einheit begründet, zu welcher aber nach neueren Grundsätzen immer noch auch der unumgängliche politische Verband hinzukommen muß. Die in Vorstehendem angedeutete Verschiedenheit der älteren und neueren Zustände, welche so weit geht, daß in vielen Gegenden, besonders wo die sogenannten Realgemeinden (Verbände mit wesentlich ökonomischer Beziehung auf Eigenthums- und Nutzungsansprüche an Allmanden, gemeinschaftliche Waiden, Waldungen &c.) bestanden, das Institut des Markungsverhältnisses gar nicht oder mit bloß privatrechtlichen Beziehungen

ausgebildet war, ist von der größten Wichtigkeit, da natürlich die Fragen und Fälle, wo das Markungsverhältniß mit Beziehung auf neuere faktische und gesetzliche Zustände in Streit kommt, sich nicht entscheiden lassen, ohne auf die früheren Zustände zurückzugehen,[2] und man muß sich sehr hüten, den Maaßstab der jetzt herrschenden Begriffe und Grundsätze rücksichtslos an die älteren Data anzulegen, da man hiemit auf ganz unrichtige Resultate gelangt. Insbesondere darf man sich auch da, wo der Markungsverband mit dem Gemeindeverband in einen genauen Zusammenhang gebracht ist, nicht zu einer Identifikation beider verleiten lassen.

§. 3. Einige allgemeine Notizen und Bemerkungen über das Markungsverhältniß.

1) Die Markungssteine, welche bald für die beiden aneinanderstoßenden Markungen (je mit besonderen Zeichen) gemeinschaftliche sind, bald auf jeder Seite der Grenze besonders stehen, (Gegensteine), bilden zwar regelmäßig die äußeren Beweiszeichen einer Markung; allein mancherlei Umstände können dießfalls Zweifel begründen, so z. B. kann die Bezeichnung der Steine zweifelhaft lassen, ob sich solche auf das Markungs- oder auf das Eigenthums- oder auf sonstige Verhältnisse, z. B. Waidgang, Zehntrecht, Jagdrecht ꝛc. be-

[2] Dieß besonders da, wo wesentliche Aenderungen in dem Verhältnisse der Besitzer eines Gutskomplexes vorgegangen sind. So geschah es, daß in den Fällen, wo Gutskomplexe, deren Besitzer früher das Markungsrecht ausübten, später zu unbewohnten Grundflächen geworden sind, oder wo die Besitzer ihrer Verhältnisse wegen einzelne Markungsrechte, namentlich die Jurisdiktion nicht mehr ausüben konnten, weil sie keine Einrichtungen mehr hiefür hatten, wie z. B. wenn ein Rittergut in die Hände eines bürgerlichen Besitzers überging, die Jurisdiktion, so besonders die Insinuation über Kontrakte, sofort von einer benachbarten Gemeinde ausgeübt wurde. Dieß konnte natürlich an dem Markungsrecht des fraglichen Komplexes nichts ändern, gibt aber häufig Anlaß zu Zweifeln über den Markungsverband.

ziehen, oder auch, wenn andere Markungen mit dem streitigen Distrikt, oft sich durchkreuzend, zusammentreffen, welche Markungsgrenzen die Steine eigentlich bezeichnen sollen. Es liefern daher die in Streitfällen vorgenommenen Untersuchungen gewöhnlich kein weiteres Resultat, als daß über die Eigenschaft und Bedeutung der gefundenen Steine fortgestritten wird.

2) Eine Markung kann einen abgeschlossenen Grundflächendistrikt bilden, oder durch andere Markungen unterbrochen seyn.

3) Jeder geschlossene Gutskomplex kann eine eigene Markung haben. Es bedarf hiezu nicht einmal eines dazu gehörigen Wohnsitzes. Es gibt namentlich viele geschlossene Feldgüter mit eigenen Markungen, bei welchen die Wohnsitze im dreißigjährigen Kriege zerstört wurden. Auch größere Waldflächen haben häufig eigene Markungen.

4) Jede politische Gemeinde muß ihre eigene Markung haben. Da wo dieß von älteren Zeiten her nicht der Fall war, soll eine solche gebildet werden.

5) Eine Gemeindemarkung kann eine einzige ungetheilte seyn, wenn sie einem für sich eine Gemeinde bildenden Orte angehört, wozu auch noch andere, bewohnte Orte ohne eigene Markung, Höfe, Weiler, gehören können, oder sie kann aus mehreren Parzellar- oder Theilmarkungen zusammengesetzt seyn, d. h. verschiedene Weiler, Höfe 2c. begreifen, welche je für sich eigene Markungen bilden, aber zu einer Gemeinde vereinigt sind. Dieser Verband, welchen man häufig mit dem Ausdruck Gesammtmarkung bezeichnet, ist übrigens kein reines Markungsverhältniß, sondern gehört mehr dem Gemeindeverhältniß an. Man findet solche zusammengesetzte Gemeinden, welche bald einen Hauptort begreifen, bald durchaus aus Parzellen bestehen, von denen jede, sogar Mühlen mit dem dazu gehörigen Güter-Areal, eigene Markungen bilden. Die Parzellarmarkungen, welche eine solche zusammengesetzte Gemeinde bilden, können wieder entweder für sich einen eigenen Gemeindeverband bilden, namentlich bezüglich

ihrer ökonomischen Verhältnisse, aber auch bezüglich einzelner politischen Rechte, oder sie bestehen bloß als besondere Orts- oder Gutsmarkungen. Die Verschiedenheit der angedeuteten Verhältnisse und Beziehungen, häufig auch mit Unbestimmtheit und Abweichungen in der Terminologie verbunden, bringt leicht Verwirrung in die Behandlung und Beurtheilung des Gegenstandes.

6) Die Attribute des Markungsverhältnisses lassen sich aus der Natur der Sache heraus entwickeln. Das Markungsverhältniß hat die Begrenzung einer gewissen Fläche, eines Komplexes von Grundstücken, welche einzelnen Eigenthümern oder einem Verband von Eigenthümern zustehen, zum Gegenstand.

Fragt man sich, welche Rechte und Verbindlichkeiten bezüglich eines solchen Komplexes denkbar sind, so kommt man zuerst auf Eigenthum und andere dingliche Rechte, welche *bezüglich der Begrenzung des Komplexes an und für sich* zustehen können. Nun versteht sich von selbst, daß das Recht des Besitzers eines Hofguts, seine Felder zu nießen, seine Wege zu gebrauchen u. dergl., keine Attribute des Markungsrechts sind, weil sie nicht aus der Begrenzung des Komplexes, sondern aus seinem Eigenthum unmittelbar fließen. Wohl aber kann er durch den begrenzten Komplex seines Guts, d. h. das Markungsverhältniß desselben in Beziehungen zu andern kommen, welche dießfällige Rechte und Verbindlichkeiten für ihn begründen, so z. B. kann ihm als Eigenthümer dieses Komplexes das Recht zustehen, andere Eigenthumskomplexe mit seinen Schafen zu bewaiden, oder er kann die Verbindlichkeit haben, seine Felder von anderen bewaiden zu lassen; er kann in jener Eigenschaft aktive und passive Wegservituten haben u. dergl. Handelt es sich dagegen um einen Verband von mehreren Eigenthümern von Grundstücken zu einem solchen Komplex, so können derartige Rechte nicht bloß dem Verband als solchem, als Person oder Personen-Einheit zustehen, sondern auch noch weitere hinzukommen, welche den einzelnen Mitgliedern des Verbandes — den Mar-

kungsgenossen an dem Eigenthumskompler oder an Theilen desselben zustehen; wie z. B. Rechte an die in dem Kompler begriffenen Allmanden, gemeinschaftliche Waldungen rc. so namentlich Waide und Pförchrechte, Beholzungs= und andere Waldnutzungsrechte, Jagdrechte, Wässerungsrechte rc.

Die zweite Beziehung des Markungsverhältnisses ist die öffentlich rechtliche. Der Markungsverband steht in einem ganz natürlichen und nahen Zusammenhang mit dem politischen Verband oder führt er wenigstens zu einem solchen Zusammenhang. Die Jurisdiktions= und Polizei=Gewalt, mag sie auf dem Hoheitsrecht der Vogteilichkeit oder der Gutsherrlichkeit beruhen, steht der Natur der Sache nach im engen Zusammenhang mit den Grenzen des bezüglichen Verbandes. Wie die landesherrliche Gewalt durch die Territorial=Grenzen bestimmt wird, so die vogteiliche und gutsherrliche durch die Grenzen der Güter, auf welche sie sich erstreckt, und diese Grenzen fallen gewöhnlich mit den Markungsgrenzen zusammen. Insbesondere trifft dieß zu bei der Patrimonial=Gerichtsbarkeit des Adels und bei der Gerichtsbarkeit der Gemeinden, in welch' letzterer Beziehung die Institute der Erkenntniß über Verträge, welche liegende Güter betreffen, und der Unterpfandsbestellung praktisch am wichtigsten sind. Die Last der Herstellung und Erhaltung öffentlicher Wege, eine Last, die eigentlich aus polizeilichen Gründen entspringt, bestimmt sich ebenfalls in der Regel nach dem Markungsverband, sowohl bezüglich geschlossener Güter, als bezüglich der mehrere Grundstücke umfassenden Komplere. Eine weitere Beziehung des Markungsverbands liegt in dem Grundsteuerverhältniß. Der Zusammenhang ist auch hier in der Natur der Sache gelegen, übrigens, wie sich später ergeben wird, kein absolut wesentlicher, indem es auch Fälle gibt, wo der Steuerverband nicht mit dem Markungsverband zusammentrifft. Das Steuerverhältniß ist zwar in Württemberg nunmehr ganz in der Gemeinde konzentrirt. Diese erhebt Steuern für ihren eigenen Bedarf, ferner für den Verband, welchen sie mit andern Gemeinden bildet und vermittelnd auch für den Staat. Allein auch die früheren Zustände

dieses Verhältnisses sind immer noch von Bedeutung; fast jeder Fall, der das Markungsverhältniß zum Gegenstand hat, führt auf jene Zustände zurück.

7) Aus Vorstehendem ist zu entnehmen, daß das Markungsverhältniß zunächst auf einem faktischen Zustand ruht, welchem verschiedene, theils privatrechtliche, theils öffentlich rechtliche Befugnisse und Lasten entsprechen. Es bildet übrigens dasselbe in privatrechtlicher Beziehuug wenigstens der Regel nach kein festgestelltes und begrenztes Rechtsverhältniß, wie z. B. das Eigenthumsrecht d. h.: die privatrechtlichen Attribute einer Markung sind nicht im Allgemeinen zu bestimmen, sondern es müssen solche in jedem einzelnen Fall, in concreto, begründet werden; es folgt also z. B. daraus, daß ein geschlossenes Gut eine eigene Markung hat, noch nicht, daß demselben diese oder jene Waide-, Beholzungs-, Wege-Rechte oder Verbindlichkeiten gegen seine Nachbarn ꝛc. zustehen, noch daraus, daß mehrere Güter zu einer gemeinsamen Markung gehören, daß deren Inhaber dieses oder jenes Genußrecht an den Allmanden ꝛc. haben. Was dagegen die öffentlich rechtliche Bedeutung des Markungsverhältnisses betrifft, so hat sich dieses allerdings zu einem abgeschlossenen Rechtsverhältniß ausgebildet, welches als regelmäßige Merkmale besonders die oben erwähnten Attribute, nämlich gewisse Rechte und Lasten, bezüglich der Jurisdiktion, Polizei und der öffentlichen Abgabenpflicht, begreift. Allein es sind diese Attribute nicht als Folgen des faktischen Zustandes einer Markungsbegränzung an sich anzusehen, sondern es bildet vielmehr gerade der Inbegriff dieser Rechte und Verbindlichkeiten das Markungsrecht im öffentlich rechtlichen Sinn. Wenn es sich daher um die Frage handelt, ob ein gewisser Gutskomplex oder eine Gemeinde eine eigene Markung im öffentlich rechtlichen Sinn bilde, so heißt dieß nichts Anderes als: kommen dem Gutskomplex oder der Gemeinde jene Rechte und beziehungsweise Lasten zu?

Sodann ist weiter zu bemerken, daß ein Gutskomplex möglicherweise auch eine Vermarkung haben kann, während

hiedurch weder ein öffentliches Rechtsverhältniß, noch ein besonderes Privatrecht begründet wird oder hiemit zusammenhängt. Eine solche Vermarkung, welche man eine Guts-Markung im engsten Sinne nennen kann, und auch wirklich bisweilen so bezeichnet findet, erscheint als eine bloße Eigenthumsbegrenzung, als eine durch Versteimung bezeichnete Begrenzung des Eigenthums eines geschlossenen Komplexes mehrerer Grundstücke, wie sie sonst die einzelnen Grundstücke, Parzellen haben. [3]

B. Uebersicht über die bezüglichen gesetzlichen und organischen Bestimmungen.

1) Auszug aus dem Verwaltungsedikt vom 1. März 1822 (Reg.-Bl. v. 1822. S. 131 ff.)

§. 1. Jede Stadt, jeder Marktflecken, und jedes Dorf bildet eine für sich bestehende Gemeinde. Einzelne Weiler und Höfe haben sich an die Gemeinde des nächstgelegenen Ortes anzuschließen, oder, wo solches ihre Lage erheischt und gestattet, unter sich zu einer eigenen Gemeinde zu verbinden.

§. 3. Der Gemeindeverband erstreckt sich auf alle nicht gesetzlich davon ausgenommene innerhalb der Gemeindemarkung befindlichen Personen und Sachen. Jede Gemeinde hat das Recht, alle auf diesen Gemeindeverband sich beziehenden Angelegenheiten zu besorgen, ihr Gemeindevermögen selbstständig zu verwalten, und die Ortspolizei im Umfange des Orts und seiner Markung nach den bestehenden Gesetzen zu handhaben.

2) Auszug aus einem Circular-Erlaß des K. Minist. des Innern über Vereinigung der Ortsmarkungsgrenzen vom 26. April 1829 (Reyscher Bd. XV. A. 2. S. 706 ff.)

„Zu vollständiger Durchführung der gesetzlichen Gemeinde-Verfassung und des neuen Steuersystems erscheint es durch-

---

[3] Beispiele solcher Gutsmarkungen liefern besonders die Einöden in Oberschwaben.

aus nothwendig, die zu jedem einzelnen Gemeindeverband gehörige und somit in das Steuerkataster aufzunehmende Grundfläche mit ihren Grenzen d. h. den Umfang der Gemeindemarkung auf's Genaueste festzusetzen, zu beschreiben, zu verzeichnen und zu versteinen. Nach dem Verwaltungsedikt §. 3 erstreckt sich der Gemeindeverband auf alle nicht gesetzlich davon ausgenommene, innerhalb der Gemeindemarkung befindliche Personen und Sachen. Und gleich wie nach der Verfassungsurkunde §. 62 und dem Gesetze (über das Gemeinde-, Bürger- und Beisitzrecht) v. 15. Apr. 1828 Art. 1 jeder Staatsbürger, sofern nicht für ihn gesetzlich eine Ausnahme besteht, irgend einer Gemeinde des Königreichs als Bürger oder Beisitzer angehören soll; so muß auch jedes vom Gemeindeverband nicht gesetzlich ausgenommene Grundstück einer bestimmten Gemeindemarkung einverleibt seyn oder werden. Selbst die dem Gemeindeverbande gesetzlich nicht unterliegenden Realitäten (die Hof-, Staats- und grundherrlichen Domänen) müssen, unbeschadet ihrer sonstigen Befreiungen und namentlich der ihnen gesetzlich zukommenden Befreiung von der Konkurrenz zu Amts- und Gemeinde-Umlagen, dem nächstgelegenen Gemeindebezirk wenigstens in polizeilicher Beziehung zugetheilt werden. Einzelne Grundstücke dieser Art, sowie andere, in Folge der früher genossenen Steuerfreiheit von den Amts- und Gemeinde-Umlagen noch jetzt befreite Güter und Gebäude können dieser Befreiung ungeachtet in jeder andern Beziehung einen wirklich integrirenden Bestandtheil einer Gemeindemarkung bilden 2c. Auch die Gemeindemarkung, wie die bürgerliche Gemeinde selbst, kann aus verschiedenen Parzellen bestehen, deren jede eine eigene privatrechtlich geschlossene und eben darum besonders versteinte Ortsmarkung bildet, mit den übrigen Parzellen aber zu einer Gemeindemarkung (im politischen Sinne des Wortes) vereinigt ist. Wo mithin die Gemeindemarkungen und Markungsbeschriebe neu herzustellen sind, da entsteht zuvörderst die Frage: ob und welche zu dem Gemeindebezirke im Ganzen gehörigen Güterkomplexe als besondere Ortsmarkungen behandelt, oder, was dasselbe ist, für

welche Komplexe je eigene Primärkataster angelegt werden sollen? rc.

3) Auszug aus der Primärkatasterinstruktion v. 28. Juli 1830. (Reyscher Bd. XVII A. 2. S. 1670 ff.)

§. 35. Wenn schon vor der Katasterpublikation unbestrittene, durch Vertrag oder Herkommen sanktionirte Steuergrenzen, welche von der Markungsgrenze abweichen, vorhanden sind, so hat man jene zwar insolange, bis hierüber eine andere allgemein gesetzliche Norm erfolgt, in dem Maaße zu berücksichtigen, daß das Kataster sowohl nach dem Umfang der Markungs- als der Steuerdistriktsgrenze berechnet werden kann. Da es indessen, um Unordnungen in der Steuererhebung zu beseitigen und den Steuerpflichtigen eine doppelte Mühe zu ersparen, sehr wesentlich ist, daß diejenige Gemeinde, zu deren Markung ein Grundstück gehört, auch die Steuer von demselben zu beziehen habe, und daß ebendahin, wohin die Staatssteuer bezahlt werden muß, auch die Amts- und Kommunalanlagen entrichtet werden, so wird es zu einer besondern und angelegentlichen Pflicht der Steuerkommissäre gemacht, dahin zu wirken, daß die hierin noch bestehenden Abweichungen, jedoch unter ausdrücklichem Vorbehalt einer künftigen, im Gesetzesweg erfolgenden, anderweitigen Anordnung, so viel möglich entfernt werden rc.

§. 38. In Gegenden, wo bisher eine feste Markungsgrenze nach dem Begriff, wie er aus dem Gemeindeverwaltungsedikte hervorgeht, noch gar nicht bestanden hat, da muß eine solche Grenze gebildet werden rc. Würde mit einer solchen neugebildeten Markungsgrenze die Steuergrenze nicht übereinstimmen, und eine Vereinigung der beiden Grenzen im Wege des Vergleichs nicht erreicht worden seyn, so ist die Steuergrenze rc., bis eine allgemeine Bestimmung erfolgt, und zwar für alle Anlagen beizubehalten. So lang es sich übrigens nur von solchen Parzellen einer zusammengesetzten Gemeindemarkung handelt, welche keine eigene Vermögens- und Steuerverwaltung haben, und mithin auch kein eigenes Primär-

kataster erhalten, kann von einer Abweichung der Steuerverhältnisse, nur gegenüber von einem andern Gemeindeverband die Rede seyn.

4) Auszug aus dem Gesetz vom 18. Juni 1849, betr. die Ausdehnung des Amts- und Gemeindeverbands auf sämmtliche Theile des Staatsgebiets. (Regierungsblatt von 1849. S. 207 ff.)

Art. 1. Alle Theile des Staatsgebiets, einschließlich der darauf betriebenen Realgewerbe, welche bisher nicht in dinglichem Gemeinde- und Amtskörperschaftsverbande standen, sind in die bestehenden oder neu zu bildenden Gemeinden und Amtskörperschaften aufzunehmen. Soweit sie sich innerhalb der Markung einer Gemeinde oder Theilgemeinde befinden, sind sie dieser Gemeinde einzuverleiben. Bilden dagegen die Grundstücke besondere Markungen, so sind sie nach vorgängiger Vernehmung der Betheiligten mit Berücksichtigung aller örtlichen Verhältnisse und der bisherigen gerichtlichen und polizeilichen Zutheilung einer benachbarten Gemeinde, jedoch sofern es sich von bewohnten Domänen handelt, nicht außerhalb der Grenzen des Oberamtsbezirks einzuverleiben. Ist eine solche, mit eigener Markung versehene Besitzung bewohnt, so tritt sie zu der Gemeinde, in welche sie aufgenommen wird, in das Verhältniß einer Theilgemeinde nach den über zusammengesetzte Gemeinden geltenden Bestimmungen. Wenn dagegen die Besitzung unbewohnt ist, so wird sie der Gemeinde, beziehungsweise der Parzelle einer Gemeinde oder nach Umständen auch mehreren Gemeinden in der Art einverleibt, daß ihre bisherige eigene Markung aufhört. Als bewohnte Markungen werden Waldungen, in welchen bloß ein einzelner Wohnsitz, z. B. ein Jagdschloß, ein Förster- oder Waldschützenhaus, oder Köhlerhütten sich befinden, nicht angesehen.

Art. 2. Mit der Eintheilung in die Gemeinden treten sowohl die bisher befreiten Flächen, nebst den darauf befindlichen Gebäuden und Gewerben, als auch die bisher befreit gewesenen Realrechte und Grundgefälle mit allen Rechten und

Pflichten vollkommen in den Amtskörperschaft- und Gemeindeverband ein, und haben an den Gemeinde- und Amtskörperschaftslasten einschließlich der Amtsvergleichungskosten in demselben Verhältnisse, wie andere Besteuerungsgegenstände derselben Gemeinde, beziehungsweise Theilgemeinde, vom 1. Januar 1849 an beizutragen ꝛc.

5) Auszug aus dem Gesetz vom 17. Sept. 1853 betr. die Verhältnisse der zusammengesetzten Gemeinden. (Reg.-Blatt v. 1853. S. 389 ff.)

Für die bestehenden oder künftig zu errichtenden zusammengesetzten Gemeinden sind Ortsstatuten festzusetzen.

Diejenigen zu einer zusammengesetzten Gemeinde gehörigen Orte, welche eine abgesonderte Markung oder ein besonderes Ortsgemeindevermögen haben, bilden Theilgemeinden mit juristischer Persönlichkeit. Für die Gesammtgemeinde werden im Wesentlichen nach den bestehenden allgemeinen Normen Organe durch Wahl der Einwohner sämmtlicher Orte gebildet. Diesen steht im Allgemeinen die Verwaltung der gerichtlichen und polizeilichen Angelegenheiten innerhalb des ganzen Gemeindebezirks, sowie die Besorgung aller Gemeindeangelegenheiten des gesammten Verbands oder einzelner Orte zu. Hievon finden bloß einzelne Ausnahmen statt; so namentlich

1) daß für Orte, welche nicht der Sitz des Schultheißen der Gesammtgemeinde sind, eigene Anwälte, mit untergeordneten polizeilichen Befugnissen aufgestellt werden können;

2) daß für die einzelnen Orte zur Hut des Eigenthums und der Personen eigene Diener, Feld- und Waldschützen, Nachtwächter ꝛc. bestellt werden können;

3) daß den Theilgemeinden die Verwaltung der rein örtlichen Gemeindeangelegenheiten zukommt;

4) daß für die Theilgemeinden zu Besorgung ihrer besonderen Angelegenheiten eigene Theilgemeindebehörden

(Gemeinderath — Bürgerausschuß — Stiftungsrath — Gemeinderechner —) bestellt werden können.

Was sodann das ökonomische Verhältniß zwischen der Gesammtgemeinde und den Theilgemeinden betrifft, so besteht nur bezüglich der die Gesammtgemeinde angehenden Angelegenheiten eine Gemeinschaft, wonach die Theilgemeinden namentlich auch an dem Aufwand für die Gesammtgemeinde unter gewissen näheren Modalitäten beizutragen haben, wogegen die Verwaltung des Ortsgemeinde- und Stiftungsvermögens, die auf dem Markungsbesitz ruhenden Lasten, z. B. der Wegbau, sowie die Armenlast der Regel nach separat gehalten bleiben.

6) Auszug aus einem Cirkular-Erlaß des K. Ministerium des Innern vom 14./17. Oktober 1839, betreffend die Bildung neuer Gemeinden. (Weißert Verwaltungsedikt S. 269 ff.)

„Sollen eine oder mehrere aus ihrem bisherigen Verband zu trennende Parzellen oder zugetheilte Besitzungen zu einer selbstständigen Gemeinde erhoben werden, so muß dieselbe folgende Requisite besitzen:

2c. 2c. 2c.

b) eine eigene Markung von verhältnißmäßigem Umfange, sey es daß diese bereits besteht, oder durch freiwillige Uebereinkunft gebildet werden kann. 2c.

2c. 2c. 2c.

7) Nach der Wegordnung vom 23. Okt. 1808 (Reg.-Blatt v. 1809, S. 19). Vergl. Verfügung v. 19. Juni 1828 (Reg.-Blatt v. 1828, S. 553) ist jeder Inhaber einer Markung, Gemeinde, oder Gutsherr, zu Unterhaltung der Nachbarschafts- und Güterwege (im Gegensatz gegen Staatsstraßen) im Umfang der Markung verpflichtet, so weit nicht besondere Rechtstitel anderes bestimmen und es liegen hienach auch bei den Staatsstraßen dem Inhaber der Markung einzelne, besondere Leistungen ob, z. B. Erhaltung gewisser Brücken, Reinigung von Dohlen

und Gräben, Setzung von Sicherheitsschranken, Wegzeigern, Chausseebäumen u. dergl.

8) Das schon in der Landesordnung tit. 18 vorkommende und im Landrecht Theil 2 tit. 16, §. 17—21 näher ausgeführte Institut der Marklosung[4] besteht im Wesentlichen darin, daß, wenn ein Einwohner einer Stadt oder eines Dorfes ein liegendes Gut „so in derselben Stadt oder Dorfbännen und Bezirk gelegen", an einen „außerhalb selbiger Markung Gesessenen" verkaufe ꝛc. jedem, der in derselben Stadt oder Dorf bürgerlich seßhaft sey, binnen Jahr und Tag die Losung hieran zustehe; insbesondere ist dießfalls im Landrecht a. a. O. §. 19 bestimmt:

„Vnd nach der vil Weiler, Höfe, Mülinin, vnd Einödinin, außerhalb deren Flecken (darein sie gericht: vnd Vogtbar seyen) Zwäng vnd Bänn, liegende Wohnungen vnd Feldgütter, vnd also für sich selbsten jhre eigene vereinte vnd versteinte Markungen, darneben aber auch etwa andere Aussgesessene, darinnen ligende Gütter haben: So wöllen Wir, daß in begebenden veränderungs Fällen solcher Wohnungen und Gütter, die Inwohner derselben Weiler, Höf vnd örter, der Marcklosung allerdings, wie oben gesetzt, sich gebrauchen mögen: auch die Käuff oder Conträct, in dem Flecken, darein solche gehörig oder Vogtbar, für Gericht gebracht, außgeruffen oder angeschlagen werden sollen. Wo aber in solchen Weilern, Höfen vnnd Einödinin, niemand lösen wollt, alsdann mögen auch die Inwohner deren örter vnd Flecken, darein solche Einödinin Gerichtbar seind, sich der Losung gebrauchen."

9) Nach dem Pfandgesetz von 1825, Art. 136 ff. bestimmt sich die Zuständigkeit der Behörde bei Unterpfandsbestellungen im Allgemeinen dadurch, daß das zu verpfändende Gut auf der Markung der betr. Gemeinde gelegen ist. Es ist nämlich der Gemeinderath als Unterpfandsbehörde zuständig

---

[4] Diese Marklosung ist zwar, wie fast alle Losungen durch ein Gesetz v. 2. März 1815 aufgehoben; dennoch sind die obigen Bestimmungen für die Auffassung und Beurtheilung des Markungsrechtsverhältnisses überhaupt nicht ohne Bedeutung.

in Beziehung auf solche liegende Güter, welche auf der Markung der Gemeinde gelegen sind und zugleich zum Gemeindeverband gehören. Wenn Güter auch von den Markungssteinen umschlossen sind, aber nicht im Gemeindeverband stehen, d. h. wenn sie nicht in den Güter- oder Steuerbüchern der Gemeinde laufen, und der Gemeinderath bisher nicht über solche Kontrakte zu erkennen hatte; so können auch Verpfändungen dieser Güter nicht vor ihm vorgehen.[5]

10. Auszug aus dem Schäfereigesetz vom 9. April 1828 (Reg.Blatt v. 1828. S. 177.)

Art. 6. Alle Schafwaideberechtigungen auf fremder Markung (Uebertriebsrechte), können von dem Gesammteigenthümer der dienenden Markung, und wenn es eine Gemeindemarkung ist, von der Gemeinde (durch den Gemeinderath unter Zustimmung des Bürgerausschusses) nach vorgängiger dreijähriger Aufkündigung gegen volle Entschädigung abgelöst werden. Ein Waiderecht, das den eigenen, zur dienenden Markung gehörigen Gütern des Waideberechtigten zusteht, ist nicht als Uebertrieb zu betrachten, und mithin der Ablösung nicht unterworfen.

Art. 7. Wenn ein Uebertriebsrecht (Art. 6.) sich über mehrere Markungen erstreckt, so ist der Berechtigte nur dann schuldig, der Ablösung statt zu geben, wenn der Uebertrieb auf allen Markungen zugleich abgelöst wird. Diejenigen, welche ablösen wollen, sind in diesem Falle befugt, in das Recht derjenigen, welche sich nicht zur Ablösung entschließen, einzutreten, vorbehältlich jedoch des Rechts der Letzteren, die Dienstbarkeit ihrer Markung späterhin gleichfalls abzulösen.

---

[5] Die gleiche Distinktion ist auch hinsichtlich des Instituts der Insinuation von Verträgen über liegende Güter anzunehmen, obgleich es hier gesetzlich, (vgl. Landrecht Thl. II. Tit. 13, §. 1. Wir wollen ꝛc. V. O. v. 19. Jun. 1808. §. 2. [Reg.-Bl. v. 1808. S. 321]) nicht — wenigstens nicht klar ausgesprochen ist.

Art. 8. Als ablösbar wird ferner erklärt:

1) jede Schafwaide-Dienstbarkeit auf einem geschlossenen Gute;

2) Das Schafwaide-Recht, das dem Besitzer eines geschlossenen, zu einer Gemeinde-Markung gehörigen Guts auf den übrigen Theilen dieser Gemarkung zusteht, letzteres jedoch nur in dem Falle, wenn der Gemeinde auch ihrerseits das Schafwaide-Recht auf jenem geschlossenen Gute zukommt, oder bis zum Erscheinen des gegenwärtigen Gesetzes zustand.

C. Rechtsfälle. [6]

1) Erkenntniß des K. Obertrib. v. 6./19. Dez. 1828. in Sachen der Gemeinde Bingen gegen die Gemeinde Aufhausen,[7] Markungsstreit betr.

Der Burgstall Uhrhausen, die Stätte einer ehemaligen Ritterburg, sammt den dazu gehörigen Waldungen und Gütern, ein vom ehemaligen Hochstift Würzburg herrührendes Ritterlehen und als solches dem Freiherrn v. Werdenau im 16. Jahrhundert als Lehen übertragen, wurde im 17. Jahrhundert von seinem damaligen Besitzer, Freiherrn v. Werdenau zu Würzburg, nebst den von ihm in dem benachbarten Orte Bingen besessenen Gütern und Gefällen an das Kloster S. verkauft. Ob je zu Uhrhausen neben der Ritterburg auch ein Weiler oder ein Dorf bestanden habe, ist ungewiß, wenigstens geben die Urkunden hierüber keine Aufklärung. Dagegen ist durch eben diese Urkunden außer Zweifel gesetzt, daß das Ritterlehen Uhrhausen seit den ältesten Zeiten eine eigene Markung gebildet hat. Der Ausdruck „Markung Uhrhausen" kommt schon in den ältesten Urkunden und Beschreibungen vor, und zwar öfters im Gegensatz anderer benachbarten

---

[6] Die Mittheilung dieser Rechtsfälle hat hauptsächlich den Zweck, ein allgemeines Bild der Grundlagen und Beziehungen des Markungsverhältnisses zu verschaffen.

[7] Die Namen sind bei sämmtlichen Rechtsfällen fingirt.

Markungen, nämlich von Bingen, Aufhausen und Offenhausen und anderen angrenzenden Orte. Auch besaß das Kloster S. alle hohe und niedere Gerechtsame auf dieser Markung Uhrhausen und daß Uhrhausen noch bis auf die neueste Zeit eine eigene selbstständige Markung war, beweist vorzüglich das Augenscheinsprotokoll des Stadtuntergangs zu K.. v. 4. Juni 1812 rc., sowie ein aufgefundener Grundriß der Markung Uhrhausen vom J. 1796. Nun geschah es, daß, da die Uhrhäuser Markung größtentheils aus Waldungen und Waldboden besteht, die Einwohner von Bingen in derjenigen Gegend, wo die Binger Markung an jene von Uhrhausen gränzt, Umreutungen auf Uhrhäuser Markung vorgenommen und auf diese Weise nach und nach mehrere Ackerfelder allda gebildet haben. Und ebenso machten auch die Aufhäuser Angehörigen auf der entgegengesetzten Seite, wo die Uhrhäuser Markung an jene von Aufhausen stoßt, mehrere Stücke auf Uhrhäuser Markung urbar, und dieß hatte die Folge, daß die Steuern aus diesen dieß- und jenseits urbar gemachten Plätzen, je nachdem die Besitzer Aufhäuser oder Binger Gemeindeangehörige waren, nach Aufhausen oder nach Bingen entrichtet wurden und daß auch von dem Magistrate dieses oder jenes Orts über diejenigen Kontrakte, welche in Betreff dieser Güter abgeschlossen wurden, gerichtlich erkannt wurde. Ein Verhältniß, welches sich bis auf den heutigen Tag erhalten und vorzüglich dadurch sich gebildet hat, daß die Güter auf Uhrhäuser Markung, welche Einwohner von Bingen gehören, immer nur Gegenstand des Verkehrs zwischen Binger Gemeindeangehörigen waren und ebenso die der Aufhäuser Gemeinde zugehörigen Güterstücke auf Uhrhäuser Markung nur an Aufhäuser Gemeindeangehörige veräußert wurden und gar kein Beispiel vorliegt, daß je ein Aufhäuser einem von Bingen — oder umgekehrt ein Einwohner von Bingen einem Aufhäuser ein auf Uhrhäuser Markung liegendes Grundstück abgekauft oder auf andere Weise erworben hätte, was sich aus der geographischen Lage und der ziemlich entfernten Lage dieser verschiede-

nen Güter leicht erklären läßt. In neueren Zeiten wurden indessen verschiedene Anordnungen wegen des Steuerbezugs von den in Uhrhäuser Markung liegenden Gütern getroffen, welche Veranlassung zum Streit gaben. Im Jahr 1812 wurde ein besonderes Güterbuch über die Uhrhäuser Markung und die dahin gehörigen Güter errichtet und die Versteurung der zur Uhrhäuser Markung gehörigen Güter der Gemeinde Aufhausen zugewiesen. Dieß hatte zur Folge, daß die Gemeinde Bingen im Jahr 1812 gegen die Gemeinde Aufhausen gerichtliche Klage erhob. Diese Klage ging zunächst dahin, daß die Uhrhäuser Markung als zur Gemeinde Bingen gehörig erkannt werde. Später wurde die Klagebitte dahin formulirt, zu erkennen, daß der Gemeinde Bingen die Markungsgerechtigkeit auf der Markung des öden Weilers Uhrhausen zustehe. Die beklagte Gemeinde Aufhausen behauptete, daß die Uhrhäuser Markung zu ihrer Gemeinde gehöre, ohne übrigens hierauf eine förmliche Widerklage zu gründen. Die Klage wurde hauptsächlich darauf gegründet, daß die kl. Gemeinde die Markung von Uhrhausen umsteint habe, ferner auf die ihr zustehende Weide- und Aeckerichtsgerechtigkeit auf Uhrhäuser Markung, ferner auf verschiedene in alten Urkunden gelegene Bemerkungen, und die Behauptung, daß die kl. Gemeinde das Besteurungsrecht auf Uhrhäuser Markung ausgeübt habe. Allein diese Momente blieben theils ganz unerwiesen, theils erschienen sie nach näherer Erhebung der Verhältnisse nicht als schlüssig.

Das damalige Provinzialjustizkollegium erkannte unterm 11. Okt. 1814, daß die Klägerin mit ihrem Anspruch auf die Markung des öden Weilers Uhrhausen abzuweisen sey. Gegen dieses Erkenntniß ergriff die Gemeinde Bingen die Berufung. Durch ein unterm 9. Febr. 1823 eröffnetes Erkenntniß des betreffenden Gerichtshofes wurde das vorrichterliche Erkenntniß bestätigt. Auf die von der Gemeinde Bingen ergriffene Oberberufung erkannte das Obertribunal unterm 6./19. Dezbr. 1828, daß diese Streitsache zur gerichtlichen

Entscheidung und Verhandlung nicht geeignet und daher beide vorige Erkenntnisse aufzuheben seyen.

In den Entscheidungsgründen wurde bloß auf den Grund der angeführten faktischen Verhältnisse angeführt, daß kein Privatrechtstitel vorliege, aus welchem die eine oder andere Gemeinde die fragliche Markung als zu ihrer Ortsmarkung gehörig in Anspruch nehmen könnte.

2) Entsch. des K. Oberamtsgerichts zu N. vom 3. Juni 1835 in Sachen des Freih. v. Wocher gegen die Gemeinde Oldhaus, Markungsrecht betr.

Im Jahr 1823 kaufte der Freiherr von Wocher von der ehemaligen Reichsstadt Hauburg das im Oberamtsbezirk N.... gelegene Hofgut Landenthal, über welchen Kauf der Gemeinderath in Oldhaus im Jahr 1824 gerichtlich erkannte. Der Umstand, daß in dem Kaufbrief enthalten war, das Hofgut habe seine eigene versteinte Markung, veranlaßte den Gemeinderath zu Oldhaus, bei dem gerichtlichen Erkenntniß auszudrücken, daß das Hofgut keine eigene Markung habe, sondern seine Felder theils zur Oldhauser, theils zur Daxwälder Markung gehören und auf die Verwahrung der Kontrahenten einen Vorbehalt dießfälliger Rechtszuständigkeiten beifügte. Hierauf erhob der Käufer Freiherr von Wocher (dessen Hauptinteresse bei der Frage wahrscheinlich darin lag, daß er den Hof zu einem immatrikulirten Rittergut zu erheben wünschte, was durch Nachweis einer eigenen Markung desselben bedingt war), gegen die Gemeinde Oldhaus eine Provokation zur Geltendmachung ihrer Markungsansprüche, worauf diese eine gerichtliche Klage gegen den Freiherrn von Wocher erhob, mit der Bitte: zu erkennen, daß der Landenthaler Hof keine eigene Markung im rechtlichen Sinne habe, sondern mit Ausnahme des Daxwälder Antheils auf der Markung von Oldhaus gelegen sey und daher dieser Gemeinde alle hieraus gesetzlich fließenden Rechte zustehen, soweit nicht der Beklagte hievon Ausnahmen erweisen könne. Der Beklagte

stellte hiegegen die Behauptung auf, daß der Hof eine eigene Markung bilde, ohne übrigens seinerseits außer der Bitte um Abweisung der Klage eine weitere positive Gegenbitte zu stellen. Die faktischen Momente, welche den Verhandlungen zu Grunde liegen, jedoch in dem nicht einmal bis zum Beweisverfahren gekommenen Verfahren nicht vollständig erörtert wurden, sind im Wesentlichen folgende: Der Hof bildet in der Hauptsache ein geschlossenes Gut, wozu einzelne, theils auf Daxwälder, theils auf Oldhauser Markung gelegene Felder kommen. Eine sichere Markungsversteinung wurde nicht erhoben. Es wurde Beklagterseits behauptet, daß solche nur während der früheren langjährigen Verpachtung des Gutes in Abgang gekommen sey und noch vor Kurzem Ueberbleibsel hievon vorhanden gewesen seyen.

Die Markungsansprüche des Provokanten stützten sich vorzüglich darauf, daß in verschiedenen älteren Urkunden von einer Markung des Hofgutes die Rede sey, insbesondere in dem Kaufbriefe von 1687, wonach ein gewisser E. v. R. den Hof vom Deutschorden erkaufte, und in dem Kaufbrief von 1772, wo die Reichsstadt Hauburg den Hof von einem Fr. v. E... erkaufte; ferner darauf daß eine Markungs- und Zehntmarkungsbeschreibung von 1601 über den Hof vorliege, daß ferner nach dem Kaufbrief von 1687 der Käufer E. v. R... von dem Deutschorden die niedere Gerichtsbarkeit erhielt, daß eine durch den Hof führende Vizinalstraße von dem Eigenthümer desselben hergestellt worden sey und erhalten werde ꝛc., wogegen die Gemeinde ihren Anspruch darauf gründete, daß der Hof als Theil der Gemeindemarkung in ihrem Meßbuch und Güterbuch eingetragen sey, daß auch die Gemeinde an dem Straßenbau über den Hof Leistungen gemacht habe, daß die (katholische) Gemeinde Oldhaus ihre Flurprozessionen selbst zur Zeit des Besitzes protestantischer Eigenthümer über die Felder des Hofgutes erstreckt habe ꝛc. Mehrere sonstige für das Markungsrecht erhebliche Fragen, so namentlich über das Steuerverhält-

niß und über die Ausübung der Jurisdiktion und Polizei kamen gar nicht zur Sprache. Es kann übrigens nach dem Hergang der Sache kein Zweifel seyn, daß das Gut die Eigenschaft der sogenannten Neusteuerbarkeit hatte (vergl. unten D. §. 2) und die Gemeinde Oldhaus Polizei und Jurisdiktion auf dem Gut übte. Eine nähere Erörterung über die Frage, ob und von wem bisher das Markungsrecht ausgeübt wurde, ist in den Verhandlungen nicht zu finden und war schon um deswillen, weil das Gut ein neusteuerbares war, wirklich sehr zweifelhaft. Bezüglich der Competenzfrage wurde von dem Provokanten im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit der klagenden Gemeinde geltend gemacht, daß, sowie nach römischem Recht auf den status libertatis ganz im Allgemeinen und ohne besondere Zwecke habe geklagt werden können und heute noch auf den status familiae mit der actio de paternitate oder de filiatione ganz allgemein geklagt werden könne, auch ein Gutsbesitzer auf den status — den Rechtszustand seines Guts, mit welchem viele bedeutende Folgen verknüpft seyen, eine Klage haben müsse.[8] Es liege hier im Ganzen das gleiche Verhältniß zu Grunde, wie bei der actio finium regundorum, welche auch den Besitz von Rechten umfasse.[9] Jedenfalls sey eine actio pro socio vorhanden, indem Oldhaus ein Sozietätsverhältniß mit dem Eigenthümer des Landenthaler Hofes behaupte, welches in vielen Beziehungen durch die Einmarkung hervorgebracht werde.[10] Die Gemeinde hob besonders hervor, daß sie bei dem Anspruch des Beklagten auf Freiheit nicht bloß wegen der Beziehungen des Hofes zu den den Hof umfassenden Gütern ihrer

---

[8] Ueber diese Auffassung s. unten E. III u. V.

[9] Thibaut, Pand. §. 576 (8. Aufl. §. 717), Seuffert, Pand. Thl, II. §. 361.

[10] Daß diese Auffassung auf einer ganz verfehlten Subsumtion beruht, bedarf wohl keiner Ausführung.

Angehörigen, sondern auch wegen mancher anderer Fragen, z. B. der Unterhaltspflicht der Heimathlosen betheiligt sey.

Das Oberamtsgericht sprach am 3. Juni 1835 unter Berufung auf mehrere Erkenntnisse der höheren Gerichte, insbesondere die hievor unter Nr. 1. angeführte Entscheidung des K. Obertribunals aus, daß die Parthieen mit dieser nicht vor die Gerichte gehörigen Streitsache wegzuweisen seyen.[11]

3) Erkenntniß des K. Obertribunals vom 14. August 1846 in Sachen der Gemeinde E. gegen die Gemeinde B., Markungsstreit betreffend.[12]

Zwischen den mit ihren Markungen aneinander stoßenden fürstlich sigmar. Gemeinden E. und B. war über die Markungsgrenzen Streit entstanden. In Folge dessen erhob die Gemeinde E. gegen die Gemeinde B. gerichtliche Klage auf Regulirung der Markungsgrenzen, indem sie zu diesem Behufe die Linie, welche ihrer Behauptung nach die Grenze zwischen den beiderseitigen Markungen bilden sollte, näher bezeichnete und dabei geltend machte, daß diese Grenze in früherer Zeit durch Steine vermarkt gewesen sey. Zugleich wurde von der Klägerin hervorgehoben, daß die Wiederherstellung der bestrittenen Grenze unter Anderem darum von großem Werth für sie sey, weil in Folge dessen die Umlagen zu Tra-

---

[11] Ueber das spätere Schicksal des Streites kann in Ermanglung der Akten nichts mitgetheilt werden, als daß der Hof wirklich zu einem immatrikulirten Rittergut erhoben wurde.

[12] Dieser und der folgende Rechtsfall wurden von der Redaktion beigegeben, da das Obertribunal gerade in diesen beiden Fällen über die Zuständigkeitsfrage sich besonders klar und bestimmt ausgesprochen hat, und solche daher obige Sammlung wesentlich ergänzen. Die Entsch.-Gründe finden sich zwar schon in Seuffert's Archiv Bd 4, S. 406—408 mitgetheilt, es wird dieß aber keinen Vorwurf gegen den wiederholten Abdruck an dieser Stelle abgeben, zumal den Administrativbehörden das Seuffert'sche Archiv wohl seltener zur Hand seyn wird.

gung der Gemeindelasten auf einen größeren Distrikt vertheilt werden können, und da die Bekl. durch die Bestreitung der fraglichen Grenzlinie der Klin diesen Vortheil entziehe, so sey sie auch zum Schadenersatz vom Tag der Klagerhebung an verbunden.[13] Das Gericht erster Instanz verhandelte über diese Klage bis zur Triplik und sprach sodann ein Beweis-interlokut aus.

Von dem f. sigm. Hofgericht, an welches die Sache im Berufungszuge kam, wurde jedoch unter dem 10. Januar 1846 das ganze Verfahren erster Instanz wegen Unzuständigkeit der Gerichtsbehörden aufgehoben und die hiegegen bei dem Obertribunal (als damaligem Obergericht für die hohenzollern'schen Fürstenthümer) erhobene Beschwerde wurde am 14. August 1846 als ungegründet verworfen. In dem dießfälligen Dekret wurde ausgeführt:

Der Gemeindeverband gehöre dem öffentlichen Rechte an, da Gemeinden nicht auf der Willkühr der Einzelnen beruhende Verbindungen zu privatrechtlichen Zwecken, sondern gesetzlich angeordnete Vereine zu Erreichung öffentlicher Zwecke seyen. Möge auch in früheren Zeiten die Entstehung der Gemeinden mehr einen privatrechtlichen Charakter gehabt haben, und mögen noch jetzt die früheren Markungsinhaber in gewissen Beziehungen privatrechtliche Genossenschaften bilden, denen privatrechtliche Ansprüche auf die unvertheilte Markung zustehen, so seyen doch von diesen Genossenschaften die jetzt überall existirenden politischen Gemeinden zu unterscheiden, deren Zwecke öffentlich rechtliche seyen und deren Bildung rein dem öffentlichen Rechte angehöre. Jene auf der früheren Markgenossenschaft beruhenden, in die Privatrechtssphäre der Betheiligten übergegangenen Rechte können bei den Gerichten geltend gemacht werden; für die eigentlichen Gemeindeangelegenheiten dagegen seyen nur die Verwaltungsbehörden zuständig. Sowie die Bildung der Gemeinden und die Regulirung der

---

[13] Eine weitere Mittheilung über die Thatverhältnisse ist in Ermanglung der an Preußen ausgefolgten Akten nicht möglich.

Gemeindemarkungen, als derjenigen Bezirke, welche zu gewissen politischen Zwecken ein zusammengehöriges Ganzes zu bilden haben, Sache der Verwaltungsbehörden seye, so gehören auch Streitigkeiten über Gemeindeverhältnisse, namentlich über Markungsgrenzen, zum Wirkungskreise dieser Behörden, in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsjustizbehörden.

Die Zuständigkeit der Gerichte sey nur da begründet, wo ein Anspruch auf einen privatrechtlichen Titel gestützt werde. Streiten aber zwei Gemeinden darüber, welche von beiden die aus dem Gemeindeverband fließenden Rechte, wie namentlich das Recht der Erhebung von Gemeindeumlagen, die Ortspolizei 2c. über eine gewisse Grundfläche auszuüben befugt sey, welcher von beiden Gemeinden die fragliche Grundfläche in diesen Beziehungen angehöre, so handle es sich nicht von Ansprüchen, die ihren Grund in dem öffentlichen Rechte haben. Die Markungsgrenzen können in den gedachten Beziehungen gar nicht Gegenstand der Privatübereinkunft seyn; es hänge nicht von der Willkühr der einzelnen Gemeinden ab, ihre Grenzen so oder anders zu reguliren, gewisse Güter dieser oder jener Markung zuzutheilen; es bedürfe vielmehr hiezu der Genehmigung der Aufsichts- und Verwaltungsbehörden, und wenn auch bei Streitigkeiten der gedachten Art Verjährung sollte geltend gemacht werden können, so ändere dieß nichts an der Natur des Gegenstandes und der Zuständigkeit der Behörden, da auch in Verhältnissen des öffentlichen Rechts Verjährung eintreten könne.

Im vorliegenden Falle betreffe der Streit lediglich die Regulirung der Markungsgrenzen in den erwähnten öffentlich rechtlichen Beziehuugen; über das Eigenthum der fraglichen Grundfläche werde nicht gestritten; dieselbe scheine vielmehr unbestrittenes Eigenthum dritter Personen zu seyn. Daß aber die Ausübung jener, aus dem Gemeindeverband fließenden Rechte, namentlich das Recht zu Erhebung der Gemeindeumlagen, für die betheiligten Gemeinden von pekuniärem Interesse sey, daraus folge nicht, daß der Gegenstand ein privatrechtlicher, und der Richter darüber zu erkennen befugt sey.

Auch das Besteuerungsrecht des Staats berühre das Vermögen der Einzelnen, sey aber dennoch der richterlichen Entscheidung nicht unterworfen.

Wenn sodann noch geltend gemacht werde, daß die Festsetzung der Markungsgrenze auch auf das Schafwaiderecht von Einfluß sey, dieses aber einen Gegenstand des Privatrechts bilde, so sey dagegen zu bemerken, daß wenn das Waiderecht, auch wo es der Gemeinde zustehe, als ein auf den Gütern der Einzelnen haftendes Dienstbarkeitsrecht betrachtet werde, solches mit der Ortsmarkung in keinem nothwendigen Zusammenhang stehe, und eine Veränderung, welche diese erleide, nicht auch für das auf einem besonderen privatrechtlichen Titel beruhende Waiderecht entscheidend seyn könne. Betrachte man dagegen das Waiderecht der Gemeinden als ein Recht, welches sie auf dem Grund des bestehenden Gemeindeverbands über alle zu der Markung gehörige Güter auszuüben befugt seyen, so erscheine dieses Waiderecht nicht als ein dem Privatrecht angehöriges, eben weil es seinen Grund lediglich in dem Gemeindeverband habe. Jedenfalls würde, selbst wenn das Waiderecht unter allen Umständen als ein der Privatrechtssphäre angehöriger Gegenstand zu betrachten wäre, der Richter nur über diesen speziellen Ausfluß aus dem Markungsrecht, nicht aber über die Festsetzung der Markungsgrenze überhaupt zu entscheiden befugt seyn, indem sein dießfälliger Ausspruch für die mit der Markungsgrenze in Verbindung stehenden öffentlich rechtlichen Verhältnisse nicht maßgebend seyn könnte.[14]

---

[14] Von einer andern Ansicht gieng das O.-App.-Gericht zu Kassel in einer von Seuffert Archiv Bd. 5, Nr. 282 mitgetheilten Entscheidung aus. Auch hier handelte es sich lediglich um einen Streit über die Grenze der Markungen zweier Gemeinden, und es war die Klage auf Berichtigung und neue Vermarkung der Grenzen nach einer gewissen, von der Klin. bezeichneten Linie gerichtet, wobei diese hervorhob, daß die verlangte Grenzregulirung insbesondere in Ansehung des Erwerbs der aufgehobenen Jagdgerechtsame, der Zahlung der Contribution und des Rollzinses, der

4) Erkenntniß des Obertribunals v. 9. Febr. 1848 in Sachen der Gemeinde St. gegen die Gemeinde K., Markungsstreit betr.

Die Gemeinde St. hatte gegen die Gemeinde K. gerichtliche Klage auf Richtigstellung der Markungsgrenzen erhoben.

Aufnahme einer verarmten auf dem bestrittenen Gebiete wohnenden Familie und der Unterhaltung eines Weges für die kl. Gemeinde von großer Bedeutung sey. Das O.-App.-Gericht erachtete die Gerichte zur Entscheidung über diese Klage für zuständig, wieß aber solche angebrachtermaßen ab, indem dasselbe in den Entscheidungsgründen sich dahin aussprach:

Wenn auch die im Laufe der Zeiten stattgefundene Entwicklung der Landgemeinden in ihrem Verhältnisse zum Staate die Eigenschaft derselben als Bestandtheile des letzteren vorwiegend erscheinen lasse, und hinsichtlich aller ihrer Beziehungen zum Staate der Umfang ihres Gebietes als dem öffentlichen Rechte angehörig von der Bestimmung der Staatsgewalt abhängig sey, so habe doch daneben der diesen Gemeinden nach deren geschichtlicher Entstehung, als wesentlich landwirthschaftlicher Genossenschaften, zukommende privatrechtliche Charakter sich erhalten. Vermöge desselben sey der Gesammtheit der Gemeinde ein privatrechtliches dingliches Recht auf eine bestimmte Grundfläche, Gemarkung, beizumessen, gleichviel ob solche unter die Gemeindeglieder oder einzelne Klassen derselben vertheilt sey, oder ungetheilt der Gesammtheit zustehe. Demnach erscheinen auch die Gemeinden befugt, hinsichtlich ihrer Gemarkung (welche, wenn dieses auch gewöhnlich der Fall seyn werde, mit dem Umfang des *politischen* Gemeindegebietes nicht nothwendig zusammenzufallen brauche) eine Grenzregulirung unabhängig von ihrem öffentlichen Verhältnisse vorzunehmen, und sich deßhalb privatrechtlicher Rechtsmittel zu bedienen. In einem solchen Falle müssen jedoch zur Begründung einer Grenzscheidungsklage einerseits die Absicht der Gemeinde, nur die Grenze ihrer *privatrechtlichen* Gemarkung feststellen zu wollen, andererseits aber auch die sonstigen Voraussetzungen einer solchen Klage dargelegt seyn. Es stelle sich aber die vorliegende Klage in beiden angegebenen Beziehungen als mangelhaft dar. Ueber ihre erstgedachte Absicht habe sich die klagende Gemeinde nicht mit genügender Bestimmtheit ausgesprochen; es werden von ihr *auch* Zwecke der Klage angeführt, welche, wie die herbeizuführende Regulirung ihrer Verpflichtung hinsichtlich des Wegbaues und der Armenpflege,

Das F. hechingen'sche Gericht erster Instanz erkannte jedoch am 7. Mai 1846, daß die Gerichte für diesen Streit nicht zuständig seyen, da es sich lediglich von der Markungsgrenze zweier Gemeinden handle, dieß aber ein dem öffentlichen Recht angehöriges Rechtsverhältniß sey. Das F. Ationsgericht war derselben Ansicht und bestätigte am 18. Septbr. 1846 das erstrichterliche Erkenntniß, und das Obertribunal verwarf am 9. Febr. 1848 die hiegegen erhobene Beschwerde, wobei insbesondere hervorgehoben wurde, es habe die kl. Gemeinde nicht beantragt, daß die streitige Grundfläche für ihr Eigenthum erklärt werden solle; die Entscheidung über das Markungsverhältniß aber schließe eine Entscheidung über das Eigenthum nicht in sich; denn das Eigenthum eines Grundstücks richte sich nicht nach dem Markungsverband, dem dasselbe angehöre. Wäre die streitige Fläche auch ganz oder theilweise Gemeindeeigenthum, so würde durch deren Zutheilung zu der Markung der einen oder anderen Gemeinde dieser nicht eben damit auch das privatrechtliche Eigenthum an Grund und Boden zuerkannt seyn.

---

heutzutage ihr Verhältniß als politische Körperschaft berühren. Vermißt werde für das Erforderniß einer Grenzscheidungsklage, daß der klagende Theil in dem Falle, wo eine bestimmte Grenze als die richtige behauptet werde, in der Klage diejenigen faktischen Momente darzulegen habe, mittelst deren, ihre Wahrheit vorausgesetzt, der Richter in den Stand gesetzt werde, die richtige Grenzlinie aufzufinden. Insbesondere in letzterer Hinsicht werde in der Klage nur angeführt, daß auf der von ihr als die richtige angegebenen Grenzlinie sich hin und wieder Steine mit einem W. bezeichnet befunden, welche sie zwar Grenzmaale nenne, ohne jedoch nähere Thatsachen anzuführen, aus welchen diese Eigenschaft der gedachten Steine, namentlich als Urkunden über eine durch Vereinbarung der Streittheile oder in sonstiger Weise stattgehabte rechtsverbindliche Feststellung dieser Grenze als G e m a r k u n g s g r e n z e geschlossen werden könnte. Diese Klagemängel, welchen auch durch die blose Bezugnahme auf die mit der Klage vorgelegte Karte nicht abgeholfen worden, habe zu einer Zurückweisung der Klage, wie angebracht, führen müssen.

5) Erkentniß des K. Obertribunals vom 30. Jan. 1849 in Sachen des Freiherrn von H...., gegen die Gemeinde J...., Ablösung eines Schafübertriebsrechts betr.

Die Gesammtgemeinde J.... besteht aus einem mit einer eigenen Markung versehenen Hauptort und verschiedenen Höfen, welche theils eigene Markungen haben, theils nicht. Die Freiherrn von H.... sind theils Grundherren, theils unmittelbare Eigenthümer der die Gesammtgemeinde bildenden Güter. Letzteres ist auch bezüglich des dem Frhrn. von H'schen immatrikulirten Rittergut einverleibten Stapfenhofs der Fall, wo sich eine dem Freiherrn v. H.... gehörige Schäferei befindet, welche den Waidgang auf den Gütern des Hauptorts J.... und mehrerer anderen benachbarten Markungen hat. Dieser Stapfenhof hat eine eigene Versteinung, hinsichtlich deren aber nun im Streit liegt, ob sie eine bloße Eigenthums- oder eine Markungsgrenze bilde. Eben in diesem Verhältniß scheint der Grund zu liegen, daß in den bezüglichen älteren Urkunden und Verhandlungen sich manche Bemerkungen und Bezeichnungen eingeschlichen haben, welche die Frage über den Markungsverband in Zweifel stellen, indem der Unterschied zwischen einem geschlossenen, dem Eigenthum nach versteinten Gut und einer eigenen Markung nicht immer scharf aufgefaßt worden zu seyn scheint. Es ist nämlich in den älteren Urkunden bald von einer eigenen Markung des Stapfenhofes die Rede, bald wird solcher als in die Markung von J.... eingeschlossen dargestellt. Es klagte nun die Gemeinde J.... auf den Grund des Art. 6 des Schäfereigesetzes (oben S. 133) gegen den Besitzer des Stapfenhofes, Frhr. v. H., bei den Gerichten auf Stattgebung der Ablösung des den Bekl. als Besitzern der Stapfenhofer Schäferei zustehenden Uebertriebs auf der Markung von J.... Der Beklagte wendete ein, daß der Stapfenhof zur Markung von J.... gehöre, somit das Waiderecht der Stapfenhofer Schäferei keinen Uebertrieb auf der Markung von J... bilde,

daher nach Art. 6 des Sch.=G. nicht ablösbar sey, weil hienach die Gemeinde die Ablösung nur dann ansprechen könnte, wenn die Waideberechtigung der Stapfenhofer Schäferei, so weit sich solche über die Gemeinde=Markung von J.... erstreckt, als ein Waiderecht auf fremder Markung anzusehen wäre; ebensowenig nach Art. 8, Abs. 2, weil der Gemeinde kein Schafwaiderecht auf dem Stapfenhof zustehe.

Das K. Obertribunal erkannte, wie auch der Gerichtshof, daß der Bekl. schuldig sey, der Ablösung des dem Bekl. als Besitzer des Stapfenhofes zustehenden Uebertriebsrechts auf J...er Markung statt zu geben. Die Gründe, auf welche sich dieses Erkenntniß stützte, waren im Wesentlichen, daß es bei dem Streit lediglich auf die zur Zeit des Erscheinens des Schäfereigesetzes bestandenen Markungsverhältnisse ankomme, indem kein Grund zu der Annahme vorliege, daß jenes Gesetz mit dem Ausdruck Markung einen eigenen Begriff verbunden habe, vielmehr die Worte: „wenn die dienende Markung eine Gemeindemarkung ist" für das Gegentheil sprechen, daß ferner die Kreisregierung auf gestellte Anfrage erklärte, daß der Stapfenhof im öffentlichen Recht als eine eigene, von der Gemeinde J. getrennte Markung angesehen worden sey und von dem Bekl. keine Widerlegung der dieser Annahme zu Grund liegenden thatsächlichen Verhältnisse habe gegeben, insbesondere nicht habe behauptet werden können, daß der Stapfenhof zu irgend einer der Lasten beigetragen habe, welche von demselben zu übernehmen gewesen wären, falls er in dem Verhältniß des Markungsverbands mit J.... gestanden wäre, namentlich nicht zu dem Wegbau auf der Markung von J...., der Armenunterhaltung, dem Feldschutzaufwand, wozu noch komme, daß nach dem Protokoll über die Notizenaufnahme zur Einschätzung für das Kataster von 1823 der Stapfenhof bestimmt als eine eigene Markung erklärt werde, wodurch wenigstens so viel bewiesen sey, daß hiebei sowohl der Steuerkommissär und die Schätzungsdeputirten, als der Vertreter der Grundherrschaft selbst von dieser Voraussetzung ausgegangen seyen. Hienach sey

die entscheidende Thatsache als erwiesen anzunehmen,[15] daß der Stapfenhof bei der Verkündigung des Schäfereigesetzes eine

[15] Das Obertrib. ging hienach in eine selbstständige Prüfung der Frage, ob der Stapfenhof eine eigene Markung gebildet habe, ein, indem dasselbe auf den Ausspruch der K. Kreisregierung nur insofern Gewicht legte, als die demselben zu Grund liegenden thatsächlichen Verhältnisse von bekl. Seite keine Widerlegung gefunden haben. Hiegegen wird sich jedoch, im Anschluß an die bei der Entsch. des unter Nr. 3 mitgetheilten Rechtsfalles aufgestellten Grundsätze, geltend machen lassen, daß der Markungsverband einer Gemeinde ein dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehöriges Verhältniß ist, und daher die Frage, zu welcher Gemeindemarkung ein gewisser Distrikt gehöre, oder ob er eine eigene Markung für sich bilde, auch nur von den, für die Verhältnisse des öffentl. Rechts allein zuständigen, Administrativbehörden entschieden werden kann. Hieran wird durch den Umstand nichts geändert, daß die Frage, ob der Stapfenhof eine eigene Markung gebildet habe, in einer Privatrechtssache zur Sprache kam und ihre Beantwortung für deren Entscheidung maßgebend war. Zwar entscheidet für die Zuständigkeit regelmäßig der Klagegrund; allein der privatrechtl. Klagegrund begründet, wenn, wie in dem obigen Falle, die bestrittene Existenz eines öffentl. rechtl. Verh. die Voraussetzung und Bedingung des privatrechtl. Anspruchs bildet, die Zuständigkeit der Gerichte nicht auch für jenen rein dem Gebiete des öffentl. Rechts angehörigen Streitpunkt. Die Zuständigkeit der Gerichte tritt nur ein, wenn und soweit einem Anspruche ein privatrechtl. Titel zu Grund liegt und privatrechtl. Verh. in Frage kommen, die Entsch. über Verh. des öffentl. Rechts dagegen gehört zur ausschließl. Competenz der Verw.-Justizbeh., und ihre Entsch. ist auch von den Gerichten als maßgebend anzuerkennen. Den Civil- wie den Adm.-Justizbeh. ist ihr abgegränztes Gebiet zugewiesen, innerhalb dessen beiderlei Behörden unabhängig von einander zu entscheiden haben. Ist daher von den Verw.-Justizbeh. innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit ein Erk. ausgesprochen worden, so kann das hiedurch festgestellte Rechtsverh. von den Gerichten nicht einer nochmaligen Prüfung unterzogen werden, vielmehr haben diese, wenn jenes Rechtsverh. als Voraussetzung für einen privatrechtl. Anspruch in einem Priv.-Rechtsstreit in Frage kommt, lediglich die Entsch. der Verw.-Justizbeh. zu Grund zu legen. Gilt aber dieß in einem Falle, wo die Adm.-Justizbehörde schon vorher entschieden hat, so muß dasselbe gelten, wenn die dem Gebiete des öffentl. Rechts angehörige Vorfrage noch unentscheiden

für sich bestehende Markung gebildet habe und könne dahin gestellt bleiben, ob derselbe in älterer Zeit als zu der Markung von J.... gehörig angesehen worden sey, in welcher Beziehung übrigens aus einem Lagerbuch von 1706 wenigstens so viel hervorgehe, daß der Stapfenhof schon damals als ein abgeschlossenes Gut behandelt und versteint worden sey, womit eine wesentliche Bedingung eines eigenen Markungsverbands dargethan wäre.

6) Erkenntniß des K. Geheimenraths v. 2. Juni 1856 in Sachen der Besitzer des S...hofs gegen die Gemeinde M., Markung des S...hofs betr.

Der S...hof bildet ein von der Markung der nahen Gemeinde M.... umgebenes, in der Hauptsache abgeschlossenes Gut, welches in früherer Zeit, als ein den Stiftungen in M.... gültbares Erblehen, Besitzern bürgerlichen Standes angehörte und erst im J. 1815 in den Besitz einer in der Nähe mit ritterschaftlichen Gütern angesessenen Familie übergegangen war. Daß derselbe kein exemtes,

---

ist. Dieser zufällige Umstand kann die Zuständigkeit der Gerichte für eine ihrer Competenz entzogene Frage nicht begründen, vielmehr hat in diesem Falle eine Trennung der Streitpunkte zu erfolgen, und es haben die Gerichte ihr Verfahren und Erk. von der Entsch. der ihrer Cognition entzogenen Vorfrage durch die zuständige Adm.=Justizbeh. abhängig zu machen. (Vergl. oben S. 10 und Sarwey Civil.=Prakt. Einl. S. 70, 71 Ziff. 4.) Wendet man diesen Grundsatz auf den obigen Fall an, so kann wohl nicht zweifelhaft seyn, daß über den in das Gebiet des öffentl. Rechts fallenden Streitpunkt, ob der Stapfenhof eine eigene Markung im öffentl. rechtl. Sinn gebildet, nur der Adm.=Justizbehörde die Entscheidung zustehen konnte. Sache des Civilrichters war es zu entscheiden, ob das Bestehen einer eigenen Markung des Stapfenhofs im öffentl. rechtl. Sinne als die Voraussetzung für die Ablösung des fragl. Uebertriebsrechts zu betrachten seye. Nachdem aber diese Frage bejaht war, so fiel die weitere Frage, ob der Stapfenhof im entscheidenden Zeitpunkte eine eigene, für sich bestehende Markung im öffentl. rechtl. Sinne gebildet, der endgiltigen Entscheidung der Verwaltungsjustizbehörde anheim. K.

d. h. von dem Gerichtszwang der Gemeindeobrigkeit ausgenommenes Gut sey und dem Jurisdiktionsverband der Gemeinde M.... angehöre, namentlich über die den Hof betreffenden Verträge von der Ortsbehörde in M.... erkannt wurde, sowie, daß der Hof ursprünglich steuerfrei war, seit Aufhebung der Steuerfreiheit (Gesetz v. 5. Juni 1808) bis zum J. 1816 die Staatssteuer an die Gemeindepflege M...., von da an aber unmittelbar an die Oberamtspflege lieferte (ohne daß ein Grund dieser Uebertragung erhoben werden konnte), sind beiderseits anerkannte Thatsachen. Das Gut ist mit den Anfangsbuchstaben des Namens des Hofes versteint, dabei aber nicht erhoben, welche Beziehung diese von dem Untergang von M.... vorgenommene Versteinung habe, ob sie namentlich nicht bloß zur Abscheidung des geschlossenen Gutes von andern Gütern geschah. Ueber das Markungsrecht dieses Hofgutes erhob sich in Folge der Vollziehung des Gesetzes vom 18. Juni 1849 Streit zwischen dem Besitzer desselben und der Gemeinde M.... Ersterer sprach für dasselbe ein eigenes Markungsrecht an, wogegen die Gemeinde M.... Einverleibung des Gutes in ihren Markungsverband forderte. Der Hofgutsbesitzer stützte seinen Anspruch vorzüglich auf folgende Thatsachen: 1) daß der Hof bei der Landesvermessung von 1834 als eine eigene Markung behandelt und als solche im Primärkataster aufgenommen wurde; 2) Daß von M... ein öffentlicher Weg über das Gut führe, welcher von dem Besitzer desselben unterhalten werde; 3) die obenerwähnte Versteinung; 4) verschiedene Einträge in älteren Urkunden, aus denen hervorgehen soll, daß der Hof eine eigene Markung habe; 5) daß die Besitzer des Hofes nie zu den Gemeindefrohnen angehalten worden seyen; 6) daß aus verschiedenen Vorgängen, welche die Steuer, Straßenbau und derartige Verhältnisse betreffen, abzunehmen sey, daß ein Markungsrecht des S....hofes anerkannt gewesen sey. Die Gemeinde M.... stützte ihren Anspruch darauf, daß 1) der Hof gleich den übrigen Gütern der Markung von

M.... zehntpflichtig sey; 2) die Gemeindeschäferei das Waiderecht auf dem Gut bis zu der neuerlich erfolgten Ablösung gehabt habe; 3) das Gut an den Pförchnutzungen derselben Theil nehme; 4) daß nach Einträgen in verschiedenen älteren Urkunden der S....hof als zur Markung der Gemeinde M. gehörig anerkannt sey.

Auch in diesem Falle blieb nach den Verhandlungen die Frage, ob und von wem das Markungsrecht über den S...hof bisher ausgeübt worden sey, im Schwanken.

Von dem betr. Oberamt wurde in erster Instanz erkannt, daß der S...hof keine eigene Markung, sondern einen integrirenden Theil der Gemeindemarkung von M.... bilde. Der gegen dieses Erkenntniß erhobene Rekurs wurde sofort von der betr. Kreisregierung, dem K. Ministerium des Innern und am 2. Juni 1856 auch von dem K. Geheimenrath verworfen. Diese Entscheidung wurde in den verschiedenen Instanzen vorzüglich dadurch motivirt, daß die Einträge in den älteren Urkunden ganz entschieden dafür sprechen, daß der S...hof von jeher als Theil der Gemeindemarkung M.... angesehen und behandelt wurde, wogegen die von dem Gutsbesitzer geltend gemachten Momente sich durch die Annahme einer bloßen Eigenthumsbegrenzung, Gutsmarkung, beziehungsweise durch eine Verwechslung dieser mit der öffentlichen Markung erklären lassen, und daß die übrigen Thatsachen theils als auf Irrthum beruhend, theils nicht als schlüssig anzusehen seyen.

7) Entscheidung des K. Geheimenraths vom 6. Sept. 1851 in Sachen der Gemeinde Horkheim gegen die Gemeinde Bissingen, Markung des Mädergutes betr.

Das über 400 Morgen Feld haltende von den Markungen Horkheim, Unter- und Oberthailfingen und Bissingen umgebene, früher angeblich mit im dreißigjährigen Krieg zerstörten Gebäuden versehene, sogenannte Mädergut, vor-

dem einem Benediktiner Priorat gehörig, wurde nach Reformation dieses Priorats im Jahr 1612 von dem Bisthum Konstanz mit seinem Stifte vereinigt, ging durch den Reichsdeputationsrezeß von 1803 an Baden, von diesem durch Tauschvertrag vom 16. April 1807 an Württemberg über.

Das Gut war früher geschlossen und mit eigenen Steinen begrenzt. Eine im Laufe des Streites vorgenommene Untersuchung der Steine führte zu keinem sicheren Resultate. Es blieb nicht bloß ihre Bedeutung als Markungssteine, sondern auch die Rechtmäßigkeit der Versteinung, als einer einseitigen im Streit. Die zu diesem Gute gehörigen Felder wurden schon vor Mitte des vorigen Jahrhunderts von dem Stift Konstanz an einzelne Gemeindemitglieder zu Horkheim und Bissingen gegen Reichung jährlicher Gülten hingegeben. Eine Steuer (was nach der damaligen Steuerverfassung die sog. Rustikalsteuer gewesen wäre), wurde ihnen nicht auferlegt, wohl aber entrichtete das Stift Konstanz die sog. Dominikalsteuern von dem Gut an die vorderösterreichische Herrschaft. Das Verhältniß der Besitzer der einzelnen zugetheilten Felder scheint anfangs ein rein prekäres gewesen zu seyn, ging aber später in ein festeres über und nachdem die Besitzer die Gülten fortwährend an Baden und später an Württemberg, auch an letzteres von 1809 an (mittelst eines Provisoriums) die Staatssteuer, entrichtet hatten, wurden sie im Jahr 1822 von der württ. Finanzverwaltung als Eigenthümer anerkannt, gegen Fortentrichtung der Gült, Entrichtung der Staatssteuer, und mit Vorbehalt der Gemeinde- und Amts-Anlagenpflicht für den Fall der Aufhebung der Neusteuerbarkeitsfreiheit. Von den so vertheilten Feldern des Mäderhofs waren in der neueren Zeit ungefähr 364 Morgen im Besitze von Einwohnern von Bissingen und bloß etwa 56 im Besitze von Einwohnern von Horkheim.

Auf den sämmtlichen Feldern des Mädergutes wird

der Waidgang, wie es scheint seit alter Zeit, gemeinschaftlich von den Gemeinden Horkheim und Bissingen ausgeübt; jedoch, wie aus einem bischöflichen Kammerreskript vom 14. April 1761 hervorgeht, bloß in prekärer Weise.

Wie aus einem Vergleich zwischen der Konstanzer Schaffnerei und den Besitzern des Mädergutes v. 1734 zu ersehen ist, bestanden schon damals über die Vermarkung des Gutes Differenzen mit der Gemeinde Horkheim, deren dießfällige Ansprüche jedoch durch jenen Vergleich besonders verwahrt wurden und wogegen der Schutz der bischöflichen Behörde zugesichert wurde.

Im Jahr 1814 unternahm es die Gemeinde Horkheim aus Anlaß der damaligen Neuvermessung ihrer Markung, einen Theil der das Mädergut umschließenden Grenzsteine zu ändern, ließ die auf diesen Steinen befindlichen Wappen, Zahlen und Zeichen abschleifen und mit Horkheimer Markungszeichen und Zahlen versehen, wogegen die Gemeinde Bissingen zunächst bei den Finanzbehörden Beschwerde erhob. Auf die von diesen gethanen Schritte wurden von der Administrativbehörde Verhandlungen und Vergleichsversuche eingeleitet, welche jedoch ohne Erfolg blieben.

Im Juli 1820 erhob die Gemeinde Bissingen gegen die Gemeinde Horkheim gerichtliche Klage, welche auf die Behauptung gegründet wurde, daß das Mädergut von jeher eine eigene Markung gebildet habe und daß die Markungsansprüche von Horkheim für die einzelnen Besitzer der Güter verletzend seyen. Gebeten wurde, zu erkennen, daß die Gemeinde Horkheim von ihren Ansprüchen an das Mädergut als zu ihrer Markung gehörig abzustehen und die eigene Markung desselben anzuerkennen habe. Die bekl. Gemeinde Horkheim dagegen berief sich hauptsächlich auf Urkunden, aus welchen abzuleiten gesucht wurde, daß das Mädergut zum größten Theil zur Horkheimer Markung gehöre und wendete ein, daß die Klägerin gar nicht zur Klage legitimirt sey, da sie nicht behaupte, daß das Mädergut zu ihrer Markung gehöre, sondern daß solche

eine eigene Markung bilde, somit die Klage nur von dem Lehenherrn (das Verhältniß des Gutes wurde von den Partheien als ein Lehenverhältniß aufgefaßt), oder den einzelnen Güterbesitzern angestellt werden könne.

Das Oberamtsgericht wies die Klage ab, weil die Klägerin nicht zur Sache legitimirt und der Civilrichter nicht zuständig sey. Der Gerichtshof in N. fällte unterm 18. Juni 1830 ein bestätigendes Erkenntniß. In den Entscheidungsgründen wurde ausgeführt: die Klage könnte keine andere seyn, als die act. finium regundorum. Nun erhebe aber die Klägerin weder Anspruch auf Eigenthum, noch sonst ein dingliches Recht an das Mädergut, sie habe überhaupt bei der Sache kein unmittelbares Interesse, sie sey als Gemeinde gar nicht betheiligt, und wäre nicht sie, sondern die einzelnen Güterbesitzer von Bissingen und Horkheim, oder etwa die Finanzverwaltung vermöge ihres Obereigenthums zur Sache legitimirt; dabei wurde noch bemerkt, daß die Vereinigung dieser Streitsache der Administrativbehörde überlassen werden müsse, ohne übrigens in eine nähere Erörterung der Kompetenzfrage einzugehen.

Die Sache wurde nun vor der Kreisregierung verhandelt und von dieser der Anspruch von Horkheim als unbegründet verworfen, weil ein eigenes Markungsrecht des Mädergutes als erwiesen angenommen wurde, und hiemit die weitere Anordnung verbunden, daß das Oberamt die Vertheilung des Mädergutes zwischen den Markungen Horkheim und Bissingen vorzunehmen habe.

Gegen diese Entscheidung ergriff die Gemeinde Horkheim den Rekurs an das K. Ministerium des Innern, welches am 23. April 1830 erkannte, daß das Mädergut keine eigene Markung bilde, die Entscheidung darüber aber, in wie weit solches zu den Markungen Horkheim und Bissingen gehöre, in die Instanzenfolge zurückwies. Das Oberamt erkannte sofort am 23. Aug. 1841 für die Ansprüche von Horkheim. Die Gemeinde Bissingen erhob nun zwei Rekurse, den einen gegen das Ministerialerkenntniß vom

20. April 1840 an den K. Geheimenrath, den anderen gegen die oberamtliche Verfügung vom 23. August 1841 an die Kreisregierung. Der erste Rekurs wurde von dem K. Geheimenrath am 16. Dezbr. 1843 dahin erledigt, daß die Gemeinde Bissingen zu einer Beschwerde wegen Nichtanerkennung der eigenen Markung des Mädergutes, als bloß das Interesse der Besitzer des letzteren berührend, nicht legitimirt sey (wie dieß auch schon der Gerichtshof ausgesprochen hatte), der Streit über die Frage der Markungsgrenzberichtignng zwischen Horkheim und Bissingen aber erst in der Instanz der Kreisregierung zu entscheiden sey. Hierauf erkannte die Kreisregierung und sofort im Wesentlichen hiemit übereinstimmend am 6. Sept. 1851 das K. Ministerium des Innern, daß nach einer (hier nicht näher zu bezeichnenden) Linie der hievon nördlich liegende Theil zur Markung Bissingen, der südlich gelegene Theil aber zur Markung Horkheim gehöre. Auf den hiegegen von der Gemeinde Horkheim erhobenen Rekurs erkannte endlich der K. Geheime Rath am 12. Jan. 1852, daß die Rekurrentin durch die fragliche Ministerialentscheidung nicht beschwert sey.

Die diesen Entscheidungen unterliegenden Momente bestehen im Wesentlichen in Folgendem:

Die Gemeinde Horkheim stützte sich in der Hauptsache auf ältere Urkunden, worin gesagt ist, daß das Mädergut zum mehrsten Theil in Horkheimer Zwäng und Bännen liege, ferner auf die Umsteinung des Gutes, welche zwar zum größeren Theil aus bloßen Gutssteinen, an einzelnen entscheidenden Punkten aber aus Markungssteinen bestehe, durch welche das Gut als Bestandtheil der Horkheimer Markung von den Nachbarmarkungen, Ober- und Unterthailfingen und Bissingen getrennt werde, was durch ältere Steinbeschreibungen bestätigt werde. Bissingen dagegen wendete ein, daß die Urkunden einseitige durch die Behörden von Horkheim zu Stande gekommene Dokumente seyen, daß es durchaus an Nachweisen der Ausübung von Mar-

kungsrechten fehle; die Umsteinung vielmehr für eine eigene Markung des Mädergutes spreche, dasselbe steuerfrei gewesen und das Markungsrecht des Mädergutes schon durch den Akt v. 1734 aufrecht erhalten worden sey.

Die Entsch.-Gründe der betr. Administrativjustizbehörden gingen in der Hauptsache dahien, daß

1) von Seiten Horkheims durchaus keine Akte der Ausübung von solchen Rechten, welche einer Gemeinde vermöge der Markungseinheit zukommen, nachgewiesen seyen, daß vielmehr verschiedene Thatsachen, namentlich die frühere Eigenschaft des Mädergutes als einer geschlossenen und der Dominikalsteuer unterworfenen herrschaftlichen Besitzung, die Getheiltheit des Waidgangs auf dem Gute zwischen Horkheim und Bissingen, und die prekäre Eigenschaft desselben, endlich die Verwahrung ꝛc. in dem Akt von 1734 positiv gegen einen Markungsverband des Gutes mit Horkheim sprechen, daß

2) die Urkunden, worauf sich Horkheim berufe, durchaus einseitige, zum Theil nicht einmal beglaubigt und beziehungsweise unter sich widersprechend seyen, daß endlich

3) aus der in solchen ausgedrückten Ausdehnung des Horkheimers Zwangs und Bann's auf das Mädergut unter den zu 1) angeführten Umständen noch nicht auf das Verhältniß eines Markungsverbandes, sondern nur auf eine den Verband der Parzellen einer zusammengesetzten Gemeinde ähnliche Verbindung mit der Gemeinde Horkheim geschlossen werden könnte.

8) Erk. des K. Geheimenraths v. 23. Aug. 1856 in Sachen des Stiftungsraths zu B... gegen die Gemeinde A... Markungsstreit betr.

Der Hospital in B.. besitzt ein Waldareal von ca. 611 Morgen in verschiedenen Parzellen, welche in nahem Grenzzusammenhang mit der Markung der Gemeinde A...

stehen. Ueber das Markungsverhältniß dieses Waldareals erhob sich im Jahr 1849 ein Streit zwischen dem Hospital B... und der Gemeinde A.... Die Waldungen sollen von einem früheren Rittergut mit Wohnsitz herrühren, welches das Hospital schon im vierzehnten Jahrhundert erworben habe, welche Thatsache jedoch nicht genauer konstatirt werden konnte. Die Waldungen sind zwar mit einer Versteinung begrenzt — behauenen Steinen, welche mit Zeichen des Hospitals versehen sind; es blieb jedoch im Streit, ob solche wirkliche Markungssteine bilden und ob sie in früheren Zeiten schon in dieser Weise bestanden. Die Versteinung war früher von dem Untergang der Gemeinde A.... bewerkstelligt worden, was aber der Hospital damit erklärte, daß die Vermarkung durch den Untergang von A.... bloß auf seine, des Hospitals, Requisition und Kosten vorgenommen worden sey, weil der Hospital keine eigene Jurisdiktionseinrichtungen gehabt habe. Bezüglich der bei Beurtheilung des Markungsverhältnisses erheblichen Momente wurde geltend gemacht und erhoben, daß der Hospital das Jagdrecht in den fraglichen Waldungen ausübt, daß er die Jagdpolizei und die Forstgerichtsbarkeit (theilweise durch den Stadtrath) bis 1837, von wo an die Excesse durch das Schutzpersonal des Hospitals bei dem Forstamt angebracht wurden, ausgeübt hat, daß ferner der Hospital von jeher sämmtliche Markungslasten von den fraglichen Waldungen — Kosten für Vermarkung, Erhaltung der Vizinal- und Güterwege, Ausschlagen der Gräben an den Staatsstraßen ꝛc. — bestritten hat, endlich daß von den Waldungen nie Steuern zur Gemeinde A.... bezahlt wurden, sondern bloß die Staatssteuer unmittelbar an die Oberamtspflege entrichtet wurde.

Bei der Landesvermessung wurden die fraglichen Waldungen in die Flurkarten und in das Primärkataster, später auch in das Güterbuch der Gem. A...., dagegen bei der Vollziehung des prov. Katastergesetzes v. 15. Juli 1821 (vrgl. oben §. 4) nicht in das Steuerkataster dersel-

ben, sondern zuerst in das Steuerkataster der Stadt B.... und später in das über die Besitzungen des Hospitals B... eigens angelegte Kataster aufgenommen. In Vollziehung der Minist.=Verf. v. 26. April 1829 (vrgl. oben B. 2) wurden die Waldungen in gerichtlicher und polizeilicher Beziehung der Gemeinde A.... zugetheilt.

Der Streit über das Markungsverhältniß dieser Waldungen erhob sich aus Anlaß der Vollziehung des Neusteuerbarkeitsgesetzes v. 1849 (oben B. 4.) zwischen der Gemeinde A.... und dem Hospital B.... Die Gemeinde A.... behauptete und klagte darauf, daß diese Waldungen Theile ihrer Markung bilden und ihrer Gemeinde einzuverleiben seyen, auch von denselben der betr. Antheil an sämmtlichen Gemeindeanlagen seit 1829 zu bezahlen sey; wogegen der Hospital behauptete, daß diese Waldungen von jeher eine eigene Markung gebildet haben und als solche der Stadt B.... einzuverleiben seyen, welch' letzterer Antrag jedoch später fallen gelassen wurde. Auch wurden im Verlauf der Verhandlungen noch von anderen Nachbargemeinden Ansprüche auf Einverleibung einzelner Parzellen jenes Waldungsareals erhoben, welche jedoch vorerst nicht weiter verhandelt wurden. Natürlich bildeten hauptsächlich die in Vorstehendem ausgehobenen thatsächlichen Verhältnisse die Hauptgrundlagen der beiderseitigen Ausführungen. Es kamen aber auch weiter verschiedene Einträge in älteren Urkunden zur Sprache. Die Gemeinde A.... suchte die für eine eigene Markung der Waldungen sprechenden, oben angeführten Thatsachen vorzüglich mit Irrthum, namentlich damit, daß man die Waldungen als exemte Besitzung angesehen habe, was sie nicht gewesen, owie mit besonderen Verhältnissen, so namentlich die Erfüllung der Markungslasten mit Ortsgewohnheit zu erklären. Die Urkunden gaben keine sicheren Anhaltspunkte für einen Schluß auf das Markungsverhältniß und es begründete überhaupt der Umstand, daß in dem Landestheil, wo dieser Fall vorkam, in früheren Zeiten keine festen Grundsätze und eine sehr

ungleiche Behandlungsweise bezüglich des Markungsverhältnisses bestanden, manche Zweifel.

Ueber den durch verschiedene Umstände verwickelt gewordenen Gang des Verfahrens in dieser Sache ist hier nichts Näheres anzuführen. Die Erkenntnisse in den Instanzen des K. Oberamts, der K. Kreisregierung des K. Ministerium des Innern waren ungleichförmige. Die verschiedenen Resultate waren:

1) daß die fraglichen Waldungen im Verhältniß einer Parzellarmarkung zu der Gemeinde A.... gestanden seyen;

2) daß dieselben eine eigene Markung bilden;

3) daß den fraglichen Waldungen kein eigenes Markungsrecht zustehe, dieselben aber mit der Markung der Gem. A.... und anderer Nachbargemeinden noch nicht vereinigt seyen, und daß dieselben als noch außerhalb eines Markungsverbandes stehend sich bestehenden Gemeindemarkungen anzuschließen haben.

Durch das Erk. des K. Geheimenraths v. 23. Aug. 1856 endlich wurde ausgesprochen, daß den fraglichen Waldungen ein eigenes Markungsrecht zustehe, daß dagegen wegen Anschlusses derselben an einen Gemeindeverband nach Analogie des §. 1 des Verw.-Edikts v. 1. März 1822 zu verfahren sey. Die dem ersten Theil dieses zu Grund liegenden Entsch.-Gründe waren:

1) daß die im Jahr 1829 erfolgte, von der Gemeinde nicht angefochtene Zutheilung der in Rede stehenden Waldungen an die Gemeinde A.... in gerichtlicher und polizeilicher Beziehung keine Einverleibung in den Markungsverband von A.... enthalten habe; wie denn auch das Verwaltungsedikt §. 1 eine solche Einverleibung für Grundstücke, welche vor dem Jahr 1822 eine eigene Markung bildeten, nicht vorschreibe, vielmehr bloß verlange, daß jede Ortschaft einer Gemeinde angehören solle;

2) daß, wie auch von dem Ministerium des Innern nach seiner Verf. in dieser Sache v. 2. Oktober 1854 angenommen werde, das Neusteuerbarkeits-Ges. v. 18. Juni

1849 die bisherigen Verhältnisse **bürgerlicher** oder nicht exemter Güter in ihrem Markungsrechte nicht habe ändern wollen, insofern nach Art. 1, Abs. 1 bloß diejenigen Theile des Staatsgebiets, welche bisher nicht in dinglichem Gemeinde- und Amtskörperschaftsverband gestanden, in die Gemeinden und Amtskörperschaften aufzunehmen gewesen, von den bürgerlichen Besitzungen aber angenommen worden, der §. 1 des Verw.-Edikts sey in Beziehung auf sie durchaus vollzogen, daher auch nach dem Ministerialvortrag an die Stände v. 2. November 1848 die Art. 1—6 des Gesetzes-Entw. (nun Art. 1—13 des Gesetzes) lediglich zum Zweck gehabt haben, für die Einverleibung der Kron- und Hofdomänen, und der immatrikulirten standesherrlichen und ritterschaftlichen Güter in den dinglichen Gemeindeverband Vorkehr zu treffen (Verh. der Kammer der Abg. v. 1848/49 Beil. Bd. I. Abth. 1. S. 119. 122—126)

3) daß, wenn auch in der vorwürttembergischen Zeit die Markungsverhältnisse in jener Gegend nicht ganz nach denselben Grundsätzen geordnet gewesen seyn sollten, wie in Württemberg, doch schon damals eine Trennung der fraglichen Waldungen von der Gemeinde A...., nicht eine Vereinigung derselben mit dieser in Beziehung auf die dem Markungsverhältniß analogen Zustände angezeigt sey, jedenfalls aber seit B... und A... unter württembergischer Hoheit stehen, von dem Hospital B.... ohne irgend welchen Widerspruch der Gemeinde A...., jene Waldungen stets als eine eigene Markung oder eigene Markungen behandelt worden seyen, insofern namentlich die Steuern daraus bis zum Jahr 1849 nicht zur Gemeinde A.... entrichtet, die Markungslasten (die Weg- und Grenzmarkenunterhaltung) von dem Hospitale allein bestritten, auch von diesem das Jagdrecht darauf ausgeübt worden;

4) daß dagegen andererseits keine Thatsache angezeigt sey, aus welcher auf die Angehörigkeit jener Objekte zur Markung A.... oder zu einer anderen Markung mit Grund geschlossen werden könnte, indem namentlich die ohne aus-

drückliche Zustimmung des Stiftungsraths B.... erfolgte Aufnahme der Waldungen in die Flurkarten und das Primärkataster von A.... von 1830 dem eigenen Markungsrecht derselben um so weniger Eintrag thun könne, als diese Aufnahme eine Einverleibung in eine andere Markung überhaupt nicht in sich begreife und ohnehin nach §. 38 der Primärkataster Instruktion v. 18. Juli 1830 für derlei Parzellen kein eigenes Primärkataster anzulegen gewesen sey;

5) daß übereinstimmend mit allem diesem gerade auch die im Jahr 1829 erfolgte Zutheilung (oben Nro. 1) deutlich dafür spreche, daß man damals jene Waldungen keineswegs als einen Bestandtheil der Gemeinde A.... betrachten oder behandeln wollte.

(Fortsetzung folgt.)

II.

Literarische Mittheilungen.

Das Verlagsrecht mit Einschluß der Lehren von dem Verlagsvertrag und Nachdruck nach den geltenden und internationalen Rechten systematisch dargestellt von Dr. O. Wächter. Erste Hälfte. Stuttgart, Cotta'scher Verlag 1857.

Es ist dieses Werk die erste vollständige und umfassende Darstellung aller in den Kreis des Privatrechts fallenden Rechtsgrundsätze über die geistigen Hervorbringungen. Nach einer geschichtlichen Einleitung, in welcher die sehr reichhaltige und vielfach seichte ältere Literatur übersichtlich mit einer kurzen durchschlagenden Kritik vorgeführt und ein vollständiges Bild der legislatorischen Entwicklung dieser Lehre von der Zeit der Privilegien bis zu dem jetzigen Standpunkt gegeben wird, folgt in der zweiten und dritten Abtheilung des Werkes die Darstellung des geltenden Rechts. Hiebei hat sich der Verfasser eine sehr umfassende Aufgabe gestellt und dieselbe unseres Dafürhaltens vollständig gelöst. Die große Reichhaltigkeit des

Werkes an positiven Nachweisen und prinzipiellen Untersuchungen ergibt sich aus der folgenden kurzen Inhaltsübersicht der bis jetzt erschienenen ersten Hälfte des Werkes.

In dem ersten Abschnitt, der prinzipiellen Grundlegung des Ganzen, erörtert der Verfasser das Verlags- und Autorrecht an sich. Er kommt theils durch die kritische Zersetzung anderer Ansichten, so namentlich der längere Zeit gebräuchlichen Eigenthumstheorie, theils durch Hinweisung auf die neuere Gesetzgebung zu dem Resultat, daß das Verlagsrecht, welches das Autorrecht in sich schließt, ein eigenthümliches Vermögensrecht und sein Inhalt das Recht der ausschließlichen Nutzung eines geistigen, insbesondere eines literarischen oder artistischen Erzeugnisses mittelst dessen Vervielfältigung oder Veröffentlichung ist. Nachdruck ist jede Verletzung dieses Rechts durch mechanische Vervielfältigung. Es sind aber auch noch andere Verletzungen dieses Rechts denkbar.

Man kann hiemit den lang geführten Streit über die rechtliche Natur des Nachdrucks und des Rechts der Autoren bezüglich ihrer geistigen Produktionen als abgeschlossen um so gewisser betrachten, als die Gesetzgebung seit der Ueberwindung des Standpunktes der Privilegien diese Grundprinzipien, wenn auch nicht ausdrücklich, doch stillschweigend voraussetzt und in ihren Konsequenzen anerkennt.

Zur näheren Entwicklung des Begriffs und Umfangs des Verlagsrechts werden im zweiten Kapitel die Gegenstände, an welchen ein Verlagsrecht stattfindet, näher betrachtet und aufgezählt. Als Erfordernisse stellt der Verfasser auf 1) geistige Hervorbringung und 2) Bestimmung des Erzeugnisses für den literarischen oder artistischen Verkehr, welch' letzteres Erforderniß besonders durch Form und Inhalt des Produktes bestimmt wird. Hiebei geht der Verfasser ziemlich weit,[1] indem er auch mündliche Mit-

[1] Nach dem Verfasser sind namentlich gerichtliche Akten nicht literarische Erzeugnisse und also nicht gegen Nachdruck geschützt, wohl aber, wenn sie als literarische Erzeugnisse, um in die Litera-

theilungen als möglichen Gegenstand des Verlagsrechts bezeichnet. Ob nicht zu weit, wenn er auch gelegentliche Aeußerungen z. B. Luthers Tischreden hieher zählt (§. 15 Nr. 6), scheint uns doch zweifelhaft. Die Grenze wird wohl in der aus Zeit und Umständen zu ermittelnden Absicht des Autors liegen, für welche z. B. bei allen öffentlichen wissenschaftlichen Vorträgen unzweifelhaft zu vermuthen ist. Von diesem Standpunkt aus wird auch wohl mit Recht das abweisende Erkenntniß des sächsischen Oberappellationsgerichts in dem Schelling-Paulus'schen Nachdrucksprozeß für unrichtig erklärt. Wenn in diesem Kapitel auch für anonyme und pseudonyme Werke ein Verlagsrecht behauptet wird, so halten wir dieß für unzweifelhaft richtig, aber doch wohl nur mit Einer Ausnahme. Wenn nämlich mit Hintansetzung der preßpolizeilichen Vorschriften weder der Verfasser, noch der Verleger, noch der Drucker genannt ist, so kann ein solches Werk nach den Preßpolizeibestimmungen, welche dessen Konfiskation anordnen, überhaupt keinen Rechtsschutz, also auch keinen Schutz gegen den Nachdruck genießen. (Bundes-Beschluß vom 11. Januar 1856, §. 4.)

Das dritte Kapitel behandelt die Entstehung und den Erwerb des Verlagsrechts. Dasselbe entsteht zunächst durch die Autorschaft, die geistige Zeugung. Als Vermögensrecht ist es übertragbar und zwar sowohl von Todes wegen als unter Lebenden. Die Erwerbung unter Lebenden geschieht durch Vertrag, den Verlagsvertrag, welcher in den §. 19—35 sehr gründlich erörtert wird. Dieser Vertrag ist ein eigenthümlicher gegenseitiger Kontrakt, durch welchen der eine Kontrahent, Autor oder dessen Rechtsnachfolger, dem

---

tur einzutreten, redigirt werden, z. B. Präjudiziensammlungen. Selbstverständlich kann aber hiedurch Niemand verhindert werden, so gut wie der erste Herausgeber, dieselben Aktenstücke wörtlich oder in selbstständiger Verarbeitung wieder abdrucken zu lassen, denn ein Occupationsrecht wird auch der Verfasser nicht behaupten wollen.

anderen, dem Verleger, das Verlagsrecht überläßt und beide Theile berechtigt und verpflichtet werden. Es werden hier die subsidiären Grundsätze über diese gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten, wie sie sich theils aus den Gesetzen, theils aus den Gewohnheiten und der Natur der Sache ergeben, in sehr eingehender Weise erörtert und es ist dieser Abschnitt vorzüglich auch den Schriftstellern zu empfehlen, deren Rechte so viel als möglich gegen die früher allzuhäufige Ausbeute durch den Verleger gewahrt werden. Hiebei hat sich der Verfasser auf das schwierige Feld der Casuistik begeben und wenn auch nicht alle seine Ansichten sich unbedingt Eingang in die Gerichtspraxis verschaffen werden,[2] so ist doch jedenfalls für die Mehrzahl der möglicherweise entstehenden Fragen ein sicherer Wegweiser ge-

---

[2] Einige der aufgestellten Sätze scheinen dem Referenten bedenklich. Nach §. 39. S. 385 soll der Verfasser, wenn er das Manuscript noch nicht oder nur theilweise abgeliefert hat, an demselben oder dem Rest ein Retentionsrecht ausüben können, wenn der Verleger in Concurs gerathen ist. Allein der Concurs hebt die Retentionsrechte auf. Dabelow Concurs S. 684. Wir sind nun zwar damit einverstanden, daß in diesem Fall der Verfasser das Manuscript nur gegen volle Bezahlung des Honorars abzuliefern hat. Allein wir können den Grund hievon nicht in einem Retentionsrecht, sondern nur darin erblicken, daß die Masse nur ein Forderungsrecht hat, welchem bis zur Zusage der vollen Zahlung die exceptio non impleti contractus entgegensteht. Ist aber das Manuscript schon abgeliefert, so hat die Masse ein dingliches Recht auf dasselbe erworben, mag man dieß Eigenthum oder jus in re nennen und deßhalb hat sich der Autor mit seiner Forderung in den Concurs einzulassen. (Vergl. Monatschrift XX. S. 106.) S. 274 wird angenommen, daß im Fall eine bestimmte Anzahl von Exemplaren für eine Auflage vertragsmäßig festgesetzt ist und der Verleger nur einen Theil druckt, derselbe nicht befugt sey, den Rest später zu Ergänzung der ersten Auflage zu drucken, wenigstens dann, wenn der Satz auseinander genommen war. Hiefür vermögen wir einen inneren Grund nicht einzusehen. Für den Verfasser ist es einerlei, wenn sich der Verleger die Kosten des doppelten Satzes machen will.

geben. Es ist hier vornämlich, wie durch das ganze Werk die wohlthuende Wahrnehmung bemerklich, daß der Verfasser der wissenschaftlichen Behandlung des Stoffes vollkommen mächtig, mitten im Rechtsleben steht, was eine glückliche Durchdringung der Theorie und Praxis zur Folge hat.

Im vierten Kapitel werden schließlich die positiv rechtlichen Beschränkungen des Verlagsrechts durch die Territorialität des Rechtsschutzes (Beschränkung auf inländische Erzeugnisse), durch die Vorschrift gewisser Förmlichkeiten und die Schutzfrist oder Verjährung, endlich sonstige Gründe der Erlöschung des Verlagsrechts erörtert.

Die Verletzung des Verlagsrechts und ihre Folgen, sowie die internationalen Grundsätze sollen in dem zweiten Theil erörtert werden, dessen baldiges Erscheinen in Aussicht gestellt ist. Schon der erste Theil rechtfertigt aber das allgemeine Urtheil, daß durch dieses Werk eine wesentliche Lücke unserer Literatur ergänzt und dieselbe mit einem ausgezeichneten Werke bereichert ist. — Die Ausstattung ist der Verlagshandlung würdig.

Sy.

Inhalt.

Württembergisches Archiv
für
Recht und Rechtsverwaltung
mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben von Dr. F. Ph. F. Kübel, Oberjustizrath
und Dr. C. O. C. Sarwey, Rechtskonsulent.

Zweiter Band.
Zweite Abtheilung.

I.
Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

1) Zur Lehre vom Markungsrecht.

(Aus den hinterl. Papieren des früheren Herausgebers.)
Fortsetz. des Aufsatzes im ersten Heft.

D. Besondere Notizen und Bemerkungen zu Auffassung und Beurtheilung des Markungsverhältnisses.

§. 1. Grundlagen und Beziehungen des Markungsverhältnisses.

a) Markungsumgang.

Zu Erhaltung des Bestandes und Umfanges der Markung haben ältere gesetzliche Vorschriften einen periodisch vorzunehmenden Markungsumgang (mit Zuzug von einzelnen Bürgern und selbst der Jugend) angeordnet.[1]

---

[1] G.R. v. 2. Juli 1603; 15. Aug. 1644; 16. Nov. 1735; bei Reyscher I. 590, II. 37, III. 169; u. Commun-Ordnung Cap. II. Abschn. 15, §. 1.

Jetzt findet zu diesem Zweck nur noch eine periodische Untersuchung und Bereinigung zunächst durch den Feldumtergang — eine aus einigen Mitgliedern des mit gewissen Jurisdiktionsbefugnissen versehenen Gemeinderaths und beziehungsweise Sachverständigen bestehende Kommission für den Steinsatz und die Vornahme von Augenschein in Grenzstreitsachen — statt.

b) Landesvermessung und Primärkataster.

Bei der Landesvermessung,[2] zu welcher schon im Jahr 1818 Einleitung getroffen wurde, ist jede Markung mit allen ihren einzelnen Grundstücken in den Karten dargestellt. Auf den Grund dieses Vermessungswerkes sind die Primärkataster für die einzelnen Gemeinden gefertigt.[3] Es sind dieß Verzeichnisse, in welchen die Markungen, die einzelnen, in solchen begriffenen Eigenthumsparzellen (Gebäude und Grundstücke) nach Flächenmaß 2c. und deren Besitzer beschrieben sind. Die Landesvermessung und Primärkataster bilden also die Grundlagen des Steuerbezugs von Gebäuden und Grundstücken.

Für diejenigen, welche das Werk der Landesvermessung und Herstellung der Primärkataster nicht aus Erfahrung kennen, versuchen wir mit Folgendem wenigstens ein allgemeines Bild zu geben.

Die Landesvermessung stellte die Fläche des Königreichs in Quadratblättern (Meßtischplatten) dar, deren Seiten im $^1/_{2500}$theiligen Maßstabe eine Ausdehnung von 4000 Fuß darstellen, und welche daher ihrem Quadratinhalt nach eine Feldfläche von 160,000 Quadratruthen oder $416^2/_3$ Morgen umfassen. Die Berechnung erfolgte in der nämlichen Begrenzung, indem der Inhalt jedes

[2] Vergl. Instruktion für die Landes-Vermessung von 8. Okt. 1831 bei Reyscher Bd. XVII. S. 1802 ff.

[3] Vergl. Primärkataster-Instruktion v. 28. Juli 1830 Reyscher a. a. O. S. 1670 ff.

dieser Quadratblätter in einem abgesonderten Aufnahms- oder Meßregister niedergelegt und zusammengestellt ist. Die Aufgabe bei Herstellung des Primärkatasters (welche von eigens hiezu aufgestellten Kommissären unter Zuzug der Ortsbehörden und beziehungsweise Deputationen derselben bewerkstelligt wurde) war: die in den einzelnen Quadratblättern der Karte und den Meßregistern enthaltenen Notizen in ein zusammenhängendes Ganzes zu vereinigen, aus welchem der Inhalt jeder Parzelle, jeden Gewendes und jeder Gemeindemarkung, als des Steuerdistriktes, im Einzelnen und Ganzen entnommen werden kann, sodann: durch die Eröffnung solcher Ergebnisse an die betheiligten Personen für ihre definitive Richtigstellung zu sorgen und den Resultaten der Landesvermessung mittelst ihrer Anerkennung von Seiten der zuständigen Behörden den Charakter öffentlicher Dokumente zu ertheilen. In den Karten wurden die Markung, die einzelnen Häuser und Feldgüter mit Nummern bezeichnet. Sofort wurden tabellarische Verzeichnisse über die einzelnen Parzellen, Gebäude und Feldgüter, die Nummern derselben, ihr Flächenmaß, die betreffende Zelg und das Gewende und die Kulturart, nach der Ordnung und mit Citaten des Meßregisters und der Karte entworfen. Diese Verzeichnisse bilden die Primärkataster. Jede Gemeinde, welche eine eigene Markungs- und Steuerverwaltung hat, erhielt ein eigenes Primärkataster. Nachdem diese Verzeichnisse entworfen waren, wurde zu den nöthigen Verhandlungen hierüber geschritten. Dieses Geschäft wurde mit dem Namen Katasterpublikation bezeichnet. Es bestand zunächst aus den nöthigen Ergänzungen, Berichtigungen und Bereinigung vorliegender Anstände und Differenzen, soweit nöthig unter Verhandlung mit den Betheiligten und Behörden. Hiezu gehörte besonders auch die Konstatirung der Wege und der Markungsgrenzen, sowie der besonders versteinten Partikularzehntgrenzen. Nach diesen Vorbereitungsarbeiten mußte die Ausmittlung des Steuerdistriktes geschehen. Da wo bereits

geschlossene Ortsmarkungen bestanden, handelte es sich nur um Beseitigung etwaiger Verschiedenheiten der Markungs- und Steuerdistriktsgrenze; da, wo noch keine Gemeindemarkung bestand, mußten Einleitungen zu Bildung einer solchen und wo möglich einer hiemit übereinstimmenden Steuergrenze getroffen werden. Hierauf wurde zu dem Akt der Publikation im engeren Sinn geschritten. Hier mußte jedem Grundeigenthümer der betreffende Eintrag im Kataster mit den wesentlichen Verhältnissen, insbesondere dem Flächenmaß eröffnet werden — in größeren Orten den einzelnen Besitzern, in kleineren der versammelten Gemeinde, je nach Umständen, z. B. an Auswärtige, durch schriftliche Auszüge. Die hiebei von einem der Eigenthümer ꝛc. erhobenen Anstände und Beschwerden wurden aufgenommen und deren Berichtigung vorgenommen oder doch eingeleitet. Schließlich wurde das Primärkataster dem Gemeinderath und Bürgerausschuß zur Solennisation vorgelegt, welche durch Ausstellung einer von jenen Behörden unterschriebenen Publikations- und Kognitionsurkunde konstatirt wurde.

c) Güterbücher.

An die Landesvermessung und das Primärkataster schließen sich die Güterbücher an. Diese waren (wie dieß wohl überall der Fall ist) in den meisten Gemeinden von Alt- und Neu-Württemberg schon vor der Landesvermessung vorhanden, aber in den verschiedensten Gestalten und überall mit mehr oder weniger Unvollständigkeiten und Gebrechen; bald mehr oder weniger brauchbare Realmatrikeln, bald bloße Notizenregister für einzelne Zwecke, namentlich die Versteuerung, bildend, bald durch Einrichtungen für gehörige Ergänzung und Berichtigung gestützt, bald der chaotischen Unordnung von regellosen Zusätzen und Nachträgen, überhaupt Flickereien jeder Art überlassen. Die Herstellung eines geordneten Zustandes dieses Instituts war durch die Landesvermessung ermöglicht und

zeigte sich besonders in Folge der Pfandgesetzgebung von 1825—1828, welche die Güterbücher zu einer höchst wesentlichen Grundlage des Unterpfandswesens machte, als das dringendste Bedürfniß. Es wurden für diesen Zweck die nöthigen Anordnungen getroffen [4] und die Herstellung neuer Güterbücher nach und nach in dem größten Theil der Gemeinden bewerkstelligt. Das nach jenen Anordnungen für jede Gemeinde anzulegende und fortzuführende Güterbuch bildet die Grundurkunde für Eigenthum, Besitz und hiemit zusammenhängende Rechtsverhältnisse, Reallasten, Servituten (welche jedoch auch in einem besonderen Servitutenbuch verzeichnet seyn können), Pfandrechts- und Steuerverhältnisse, insbesondere Anschlag des Steuerkapitals nach einer bestimmten Rubrikenordnung und Form. Dasselbe begreift sämmtliche in der Gemeindemarkung oder in dem Steuerverband befindliche Gebäude und Feldgüter und ist auf den Grund der Primärkataster, übrigens in der Regel nach der Personalordnung, d. h. so, daß der ganze Besitzkomplex eines Eigenthümers im Zusammenhang verzeichnet wird, angelegt. Die durch Veränderungen in dem Besitzstand, Vererbung, Verkauf 2c. der einzelnen Grundstücke, nothwendig werdenden Aenderungen des Güterbuchs werden theils fortlaufend, theils auf einen bestimmten Jahrestermin (von den Notariaten) vorgenommen.

d) Steuerverhältniß.

Bei dem schon oben angedeuteten genauen Zusammenhang des Steuerverhältnisses mit dem Markungsverhältniß wird es am Platze seyn, auch über jenes Verhältniß hier eine übersichtliche Darstellung zu geben.

Für die direkte Steuer, welche neben den Gebäuden und Grundstücken auch noch die Gewerbe begreift und sowohl für den Staat, als für die Amtskorporationen, den

---

[4] Verf. v. 3. Dezbr. 1832 (R.-Bl. v. 1832, S. 471 ff.) u. Verf. v. 6. Dezbr. 1836 (R.-Bl. v. 1836, S. 670 ff).

Verband der sämmtlichen Gemeinden eines Oberamtsbezirks, und für die einzelnen Gemeinden erhoben wird, besteht in Württemberg die Einrichtung, daß der Steuerbedarf des Staats im Ganzen bestimmt und auf die einzelnen Oberamtskorporationen und Gemeinden nach dem Betreff der Steuerobjekte vertheilt, die Steuer selbst aber in der Art eingehoben wird, daß der Staat an die Amtskorporationen, diese an die einzelnen Gemeinden sich halten und diese die Steuer auf die einzelnen Steuerpflichtigen umlegen und von ihnen erheben.[5] Zum Zweck der Steuerumlage besteht ein Oberamtssteuerkataster, d. h. ein summarisches Verzeichniß des steuerbaren Vermögens der Gemeinden eines Oberamtsbezirks und ein Ortssteuerkataster, d. h. ein Verzeichniß des steuerbaren Vermögens der einzelnen Steuerpflichtigen einer Gemeinde, dessen Grundlage bezüglich der Gebäude und Grundstücke das Güterbuch bildet. Ein summarisches Steuervermögensregister jeder Gemeinde, aus den vorstehenden Quellen zusammengetragen, gibt einen Ueberblick über das Steuervermögen jedes einzelnen Steuerpflichtigen, nach welchem sich sein Beitrag an den umgelegten Steuern richtet, sowie darüber, wie hoch das ganze Steuervermögen sämmtlicher Steuerkontribuenten der Gemeinde sich belauft. Die durch die eintretenden Veränderungen in dem steuerbaren Vermögen, namentlich in Folge von Besitzveränderungen, nothwendig werdende Richtigstellung des Steuerkatasters — Steuersatz — werden jährlich an einem bestimmten Termine vorgenommen.

Allgemeiner Grundsatz hinsichtlich der Zuweisung des Steuerbezugs an die verschiedenen Gemeinden (und beziehungsweise Amtskorporationen) ist, daß jedes Steuerobjekt von derjenigen Gemeinde zu versteuern ist, in deren Mar-

---

[5] Vergl. Gesetz v. 15. Juli 1821, R.-Bl. v. 1821, S. 457. Instruktionen v. 6. Sept. 1821, 24. Sept. 1821, 6. Febr. 1822, 31. März 1829, 13. Dezbr. 1834. Reyscher Bd. XVII., S. 1219 ff., 1295 ff., 2033 ff.

kung es gelegen. Es fließt dieser übrigens längst bestehende Grundsatz auch aus der durch das Verwaltungsedikt v. 1. März 1822 §. 3 ausgesprochenen Identität des Gemeinde- und Markungsverbands. Abweichungen von diesem Grundsatz bestanden von älterer Zeit her manche, gegründet auf besondere Verträge, Lehenverhältnisse u. dergl., deren Beseitigung im Weg gütlicher Uebereinkunft zu bewerkstelligen gesucht werden soll; soweit es aber nicht gelingt, sind Ausnahmen vorerst noch geduldet (oben S. 128, Nro. 3).[6] Dieser Gegensatz von Markungs- und Steuergrenze kommt jedoch auch da, wo

[6] Schon in alter Zeit gab es in Württemberg Grundstücke, welche zwar innerhalb der Markung einer Gemeinde gelegen waren, und an den Markungsrechten derselben Theil nehmen, dagegen mit einer anderen Gemeinde im Steuerverbande standen, und an diese zu steuern hatten. Die Steuerinstr. vom 24. Januar 1713 Nro. 5 suchte diesen Mißstand zu beseitigen, indem sie bestimmte, daß „solche Observanz und Herkommen hiermit aus landesfürstlicher Macht aufgehoben seyn, hiegegen ein jedes Gut zur Besteurung an seinen Distrikt und Markung verwiesen werden soll.“ Da sie jedoch beifügte: „es wäre dann, daß sich solche Specialcasus ereignen möchten, da es ohne offenbare Iniquität und Unbilligkeit nicht geschehen könnte, da dann dergl. casus zur Dezision unterthänigst berichtet werden könnten,“ so blieben auf diese Weise viele jener Ausnahmen bestehen. Auch in den am Anfang dieses Jahrhunderts an Württemberg gekommenen Gebietstheilen gab es manche Gemeinden, in welchen die Markungs- und Steuergrenzen nicht zusammenfielen, und in einzelnen Gemeinden ist dieses anomale Verhältniß bis auf den heutigen Tag bestehen geblieben, ja es gibt sogar noch Güter in Württemberg, welche an ausländische Gemeinden zu steuern haben. Zwar wurde durch die Primärkat.-Instr. v. 28. Juli 1830 (oben S. 128) den Steuerkommissären zur Pflicht gemacht, auf die Beseitigung im Wege gütlicher Uebereinkunft hinzuwirken, und in manchen Gemeinden kommen solche Vergleiche zu Stande. Allein eine durchgreifende Abhilfe wird wohl nur auf dem Wege der Gesetzgebung möglich seyn, und es hat auch die Regierung im J. 1834 einen Gesetzesentwurf über die Gleichstellung der Markungs- und Steuergrenzen bei den Ständen eingebracht. (Verh. d. K. d. A. v. 1835 Beil. H. I. S. 1—16), derselbe ist jedoch an dem Widerspruch der ersten Kammer gescheitert. K.

er jetzt gehoben ist, noch häufig als ein Moment für Auffassung und Beurtheilung früherer Verhältnisse in Betracht.

Ein weiterer bei der Lehre vom Markungsrecht vielfach zur Sprache kommender Gegensatz besteht in der Alt- und Neusteuerbarkeit, welcher, wie die Geschichte des Steuerwesens überhaupt,[7] für unsere Materie von großer Bedeutung ist. Theils die früheren Rechtszustände in Deutschland überhaupt, theils die besondere Gesetzgebung von Württemberg brachten es mit sich, daß viele Objekte früher steuerfrei waren, so insbesondere Güter zc. des Staats, des standesherrlichen und ritterschaftlichen Adels, der Kirchen und Stiftungen und selbst — in Folge besonderer Verhältnisse, Verträge, Privilegien zc. — von Privaten. Diese Steuerfreiheit, welche übrigens schon in älterer Zeit manche Beschränkungen hatte (wie z. B. sogen. Dominikalsteuern, welche von der Herrschaft, Geistlichkeit und Kirchenfabriken von ihren Liegenschaften und Einkommen, im Gegensatz gegen Rustikalsteuern, welche die Unterthanen von ihren Häusern, Gütern und Gewerben zu bezahlen hatten u. dgl. mehr vorkommen), wurde durch Verordnungen vom 10. Mai 1809, 6. Dez. 1810 und 13. Dez. 1810 aufgehoben. Die von hier an erst besteuerten Objekte heißen neusteuerbare Güter. Wenn diese Güter nicht im Korporationsverbande standen, so zahlten sie von jenem Zeitpunkt an bloß Staatssteuern und zwar an die Amtspflegen, welche die Lieferung der Steuern der Gemeinden besorgen, unmittelbar. Dieser Unterschied von Alt- und Neusteuerbarkeit ist zwar, nachdem das Gesetz vom 18. Juni 1849 (oben S. 129 Nro. 4) alle solche Güter dem Gemeindeverband und der hiemit verbundenen Abgabenpflicht unterworfen hat, nicht mehr geltend, hat aber immer in Beziehung auf historisch begründete Verhältnisse, namentlich bei Streitigkeiten über

---

[7] Vergl. hierüber: Reyscher Bd. XVII. A. 2. Einleitung in die Steuergesetze I. ff.

das Markungsrecht, praktische Bedeutung, insbesondere wird die Neusteuerbarkeit als Beweismoment für dieses Recht wichtig, da allerdings solche Güter in der Regel eigene Markungen bildeten.

§. 2. Hervorhebung einiger Ergebnisse aus dem Bisherigen für die Auffassung und Beurtheilung des Markungsverhältnisses.

1) In Ansicht der oben dargelegten gesetzlichen und organischen Bestimmungen könnte man leicht auf die Ansicht gerathen, daß nach deren Vollzug eine Identifikation des Markungsverhältnisses mit dem Gemeinde- und Steuerverhältniß eingetreten sey und somit das Markungsverhältniß keine selbstständige Bedeutung mehr habe. Dieß ist jedoch keineswegs der Fall. Das Verwaltungsedikt fordert nur Einverleibung in eine Gemeinde, nicht in die Markung derselben (vergl. oben S. 126 Nro. 1); die Einverleibung in eine Gesammtgemeinde aber hat an und für sich bloß Beziehung auf den politischen Verband. Auch die, durch die Verfügung von 1829 (oben S. 126 f. Nro. 2) vorgeschriebene Zuweisung jeder Parzelle an eine Gemeinde sollte bloß in politischer — polizeilicher und gerichtlicher — Beziehung geschehen. Die eigene Markungen bildenden Parzellen, welche eine eigene Vermögens- und Steuerverwaltung haben, erhielten besondere Primärkataster (Primärkataster-Instruktion §. 38, oben S. 128 Nro. 3); andere Orte und Höfe mit eigener Markung konnten zwar in die Kataster der benachbarten Markungen aufgenommen werden, aber nur mit besonderer Nummerirung.[8] Nach dem Gesetz vom 14. Juni 1849 (oben S. 129 Nro. 4) sind nun allerdings alle exemte Güter dem Gemeindesteuerverband einverleibt; aber, wenn sie bewohnt sind, so behalten sie das Markungsrecht; nur wenn sie unbewohnt sind, ist ihnen sogar auch das eigene Markungsrecht entzogen. Was dagegen nicht exemte Gü-

[8] Reyscher, Bd. XVII. A. 2, S. 1765.

ter betrifft; so haben solche nach jenem Gesetz, auch wenn sie unbewohnt sind, die Markungsrechte, welche sie bisher hatten, behalten (vergl. ob. S. 156 ff. Rechtsfall 8), und es sind dieselben nur nach dem Grundsatz des Verwaltungsedikts in politischer Beziehung einer Gemeinde einzuverleiben. Das Gesetz vom 17. Septbr. 1853 (oben S. 130 Nro. 5) hat an dem Markungsrecht nichts geändert, es behandelt nur das Verhältniß der einzelnen Orte, nicht der unbewohnten Güter und Markungen zu der Gesammtgemeinde.

2) Das Markungsrecht hat hienach auch in öffentlich rechtlicher Beziehung noch darin praktische Bedeutung:

a) daß exemte bewohnte Güter und nicht exemte Güter, sowohl wenn sie bewohnt, als unbewohnt sind (z. B. Waldungen), in das Verhältniß von Theilgemeinden eintreten können, was von großem Werth für dieselben werden kann (vgl. oben S. 130 Nro. 5);

b) daß, wenn eine Parzelle eine eigene Markung hat, sie sogar nach Umständen zur selbstständigen Gemeinde erhoben werden kann (oben S. 131 Nro. 6);

c) daß ausnahmsweise selbst die Markungs- und Steuergrenze noch eine verschiedene seyn kann (oben S. 128 Nro. 3).

Sodann aber sind

3) selbstverständlich alle gesetzliche und organische Bestimmungen, welche über das Markungsverhältniß in Beziehung auf das Gemeinde- und Steuerverhältniß Dispositionen enthalten, für Privatrechtsverhältnisse nicht entscheidend.

a) Die Institute der Insinuation von Kontrakten über liegende Güter und der Unterpfandsbestellung haben zwar privatrechtliche Verhältnisse zum Gegenstand, dabei aber doch, als dem Gebiet der Rechtspolizei angehörig, einen öffentlich-rechtlichen Charakter. Wirklich treffen auch hiebei im Wesentlichen die Dispositionen über das öffentlich-rechtliche Verhältniß zu. Der Natur der Sache nach sollte für die Kompetenz bei den angeführten rechtspolizeilichen Akten

der Markungsverband entscheiden. Es wird jedoch (vergl. oben S. 132 f. Nro. 9) dieser nur insoweit maßgebend, als der Gemeindeverband hiemit zusammentrifft, was allerdings regelmäßig der Fall ist, aber die schon mehrerwähnte Ausnahme hat, daß Güter zwar von den Markungssteinen einer Gemeinde umschlossen seyn, dagegen zu einer anderen Gemeinde steuern können, welche Differenz als Ausnahme noch aufrecht erhalten wurde (oben S. 128 Nro. 3 u. S. 175 Note 6). Es ist einleuchtend, daß derjenige Zusammenhang, welcher durch die Versteuerung begründet wird, der praktisch passendste ist. Hier liegt das lebhafteste Interesse und deßhalb die beste Garantie vor, daß die Nachweise für Eigenthum und Besitzesänderungen am sorgfältigsten hergestellt und erhalten werden; die Versteuerung steht im engsten Zusammenhang mit den Einträgen in den Katastern, den Steuer- und Güterbüchern. [9]

---

[9] Die im Texte ausgesprochene Ansicht war lange Zeit in der Theorie und Praxis unbestritten. Das K. Justiz-Min. hat schon in einem Normalerl. v. 12. Juni 1826 (1. Erg.-Bd. zum Reg.-Bl. S. 86 f.) die Ansicht ausgesprochen, daß nach den Bestimmungen des Pfandgesetzes zu Verpfändung von Gütern, welche zu einem anderen Orte, als demjenigen, innerhalb dessen Markung sie sich befinden, steuerbar sind, nicht der Gemeinderath des Ortes, in dessen Markung die Güter gelegen, sondern desjenigen Ortes, wohin die Güter zu versteuern sind, zuständig seye, wobei das Justizministerium davon ausging, daß derartige Güter schon bisher stets in die öffentlichen Bücher des letzteren Ortes eingetragen und in solchen fortgeführt worden, und der Gemeinderath dieses Ortes auch über alle solche Güter betreffende Verträge zu erkennen, und insoweit die Rechtspolizei auszuüben habe. Hieran wurde sich in der Praxis um so unbedenklicher gehalten, als auch Bolley, Comm. II. S. 508 f., Hufnagel, Belehrung I. S. 45, Weishaar, W.P.R. II. §. 643, und wie es scheint auch Seeger, Erl. des Pfdges. II. S. 2 u. Reyscher, W.P.R. II. §. 332 nicht den Markungs-, sondern den Steuerverband als maßgebend für die Zuständigkeit der Gemeinderäthe in der fragl. Beziehung erklären. Dagegen hat Wächter in s. Erörter. Heft 2, S. 126 ff. den, schon in s. Handb. des württ. P.R. I. S. 949 f. angedeuteten

b) Die Hauptbeziehung des Markungsverhältnisses in privatrechtlicher Beziehung besteht darin, daß an dieses

---

Satz aufgestellt und aus den Gesetzen zu begründen gesucht, daß die Grenzen der streitigen und nicht streitigen Gemeindegerichtsbarkeit ohne Ausnahme lediglich durch die Grenzen der Markung der Gemeinde bestimmt werden, und insbes. auch zur Verpfändung von Gütern, welche in eine andere Gemeinde steuern, als in deren Ortsmarkung sie liegen, nur der Gemeinderath des Markungsortes als zuständig erscheine. Dieser Ansicht ist aber Bolley in der Monatschr. XII. S. 157 ff. wieder entgegengetreten. An das O.-Trib. ist noch kein Fall gekommen, in welchem die Frage zu entscheiden gewesen wäre, doch ist dieselbe in der jüngsten Zeit aus Anlaß der Anfrage eines G.-Hofs erörtert, aber nicht entschieden worden. Wichtig ist dieselbe insbes. wegen der Verpfändungen, welche, von einem unzuständigen Gemeinderath vorgenommen, für nichtig erklärt werden müßten. Ebendaher müßte es aber auch bedenklich erscheinen, ohne Noth an der bisherigen Praxis zu rütteln, und es wird sich solche, der von Wächter erhobenen Bedenken ungeachtet, immerhin vertheidigen lassen. Zwar wird in den älteren Gesetzen nur der Markungsverband als das entscheidende Moment für die Zuständigkeit der Gemeindebehörden in rechtspolizeilicher Beziehung hervorgehoben; indem das Landrecht II. 13. §. 1, und das Ges. v. 19. Juni 1808, §. 2. (Regbl. S. 321) zur Insinuation von Verträgen über liegende Güter dasjenige Gericht oder denjenigen Magistrat für zuständig erklären, unter welchem, oder in dessen Gebietsbezirk die Güter gelegen sind. Allein in der Praxis wurde dieß stets nur als die Regel für die gewöhnlichen Fälle des Zusammenfallens der Markungs- und Steuergrenzen betrachtet. Wo letzteres nicht zutraf, wurde, wie auch der obengedachte Erl. des K. Justiz-Min. hervorhebt, die Rechtspolizei von der Behörde derjenigen Gemeinde ausgeübt, wohin das Gut steuerbar war, was sich schon daraus erklärt, daß erfahrungsgemäß die Güter, welche in einen anderen Ort steuerten, als in dessen Markung sie lagen, in der Regel nur in den öffentl. Büchern des Steuerortes eingetragen waren, somit den Gemeindebehörden des Markungsortes die Grundlagen zur Ausübung der Rechtspolizei fehlten. Der Art. 138 und 158 des Pfdges. vom 15. April 1825 hat diese Praxis bezüglich der Verpfändungen sanktionirt, indem nach der Geschichte der fragl. Artikel sich mit Grund nicht bezweifeln läßt, daß das Gesetz unter Kommunal- oder Gemeindeverband den Steuerverband und nicht den Markungsverband versteht, und somit ersteren und nicht den letzteren als maßgebend für die Zu-

Verhältniß theils noch besondere Partheiendispositionen, theils gesetzlich gewisse Rechte, so z. B. Waiderechte, Beholzungs=

---

ständigkeit des Gemeinderaths erklärt hat. Der Umstand, daß der in dem Entw. des Ges. enthalten gewesene unzweideutige Ausdruck „Gemeindemarkung" nicht beibehalten, sondern in „Communal=" bezw. „Gemeindeverband" abgeändert wurde, müßte schon an sich Zweifel dagegen erwecken, daß auf den Markungsverband das entscheidende Gewicht habe gelegt werden wollen. Die Motive der ständischen Kommission, welche die Aenderung beantragte „weil in Folge der Steuerinstr. v. 1713 (oben Note 6) im alten Lande viele Güter sich finden, welche zwar geographisch, nach den Markungssteinen zu der Markung der einen Gemeinde, aber im rechtl. Sinne zu der Markung einer andern gehören, und somit in einem andern Gemeindeverbande stehen" (Verh. der K. d. A. v. 1824 III. Beil. H. S. 273), zeigen aber klar, daß der Antrag der Kommission gerade umgekehrt den Gemeinderath des Steuerortes und nicht des Markungsortes für zuständig zu erklären beabsichtigte, und da die Kammer den Antrag einfach annahm, und die Regierung, welcher die Motive des Antrags nicht unbekannt seyn konnten, ebenso zustimmte, so ist die Unterstellung zureichend gerechtfertigt, daß die Aenderung in dem von der Kommission beantragten Sinne erfolgt ist. Daß in anderen Gesetzen, insbes. in dem Verw.=Edikt von 1822 §. 3 der Ausdruck „Gemeindeverband" mit „Markungsverband" gleichbedeutend gebraucht ist, kann hiegegen nicht in Betracht kommen. Auch der §. 6 der Hauptinstr. v. 14. Dez 1825, in welchem die Gemeinderäthe vor Verpfändung von zur Ortsmarkung nicht gehörenden, oder im Gemeindeverband ihres Ortes nicht begriffenen Gütern gewarnt werden, weist darauf hin, daß die Regierung den Markungsverband nicht als das allein entscheidende Moment für die Zuständigkeit der Gemeinderäthe zu Verpfändungen erkannte, obwohl eine klarere Fassung am Platze gewesen wäre. Offenbar ist hier das Wörtchen „oder" mit „bezw." zu übersetzen. Der Art. 139 des Pfdges., welchem Wächter ein entscheidendes Gewicht gegen die hier vertheidigte Ansicht beilegt, und welcher von dem Falle handelt, daß die zu verpfändenden Güterstücke in verschiedenen Markungen liegen, spricht freilich nur davon, daß über die Verpfändung der in jeder Markung gelegenen Güter von der Behörde der gelegenen Sache zu erkennen seye. Allein da die Geschichte des Art. 138 zeigt, daß nach dessen Bestimmung die Markungsgrenzen nur in dem regelmäßigen Falle des Zusammentreffens mit den Steuer=

rechte, sowohl des betreffenden Gutskomplexes gegen andere, als anderer Güter oder wohl auch Personen gegen den be=

---

grenzen als für die Zuständigkeit maßgebend erklärt werden wollten, im anderen Falle aber der Steuerverband entscheiden sollte, so wäre es gegen die Regeln der Auslegung, zu unterstellen, daß im Art. 139 gerade das Gegentheil wieder habe bestimmt werden wollen, vielmehr ist anzunehmen, daß dieser Artikel nur den regelmäßigen Fall des Zusammentreffens der Markungs= und Steuergrenzen im Auge hat. Allerdings hätte nach Annahme der Modifikation des Art. 138 auch die Fassung des Art. 139 entsprechend geändert werden sollen, allein es ist dieß nicht das einzige Beispiel einer Ungenauigkeit in diesem Gesetze. Von dem Art. 27 des Pfd.=Entw.=Ges. v. 21. Mai 1828 gilt ganz dasselbe. Die in den §§. 11, 14 u. 17 der Ministerialverf. v. 3. Dez. 1832 in Betr. der Anlegung und Führung der Gemeindegüterbücher (Regbl. v. 1832, S. 476, 477, 479) enthaltene Bestimmung, wonach alle in einer Markung gelegene Güter, auch wenn sie in eine andere Gemeinde steuern, in das Güterbuch derjenigen Gemeinde eingetragen werden sollen, in deren Markung sie liegen, hat ihren guten Grund in der seit lange erstrebten, und gerade um jene Zeit in näherer Aussicht gestandenen Gleichstellung der Markungs= und Steuergrenzen, und da nach §. 14 der angef. Minist.=Verf. in das Güterbuch einer Gemeinde neben den zur Markung gehörigen, auch die nur in deren Steuerverband befindlichen Güter eingetragen werden müssen, so ist damit für die Gemeinderäthe des Steuerortes auch fernerhin die Möglichkeit zur Ausübung der rechtspolizeilichen Funktionen bezüglich der im Steuerverband befindlichen Grundstücke gegeben. Demgemäß wird der bisherigen Praxis, wonach die Zuständigkeit der Gemeinderäthe zu Verpfändungen nach dem Steuerverbande der zu verpfändenden Güter beurtheilt wurde, der gesetzliche Boden nicht abgesprochen werden können. Es dürfte aber auch kein Grund vorliegen, die in der Praxis bisher unangefochten gebliebene Zuständigkeit des Gemeinderaths des Steuerortes zum Erkenntniß über liegende Güter betreffende Verträge zu beanstanden, zumal Gründe der Zweckmäßigkeit dafür sprechen, daß über derartige Verträge dieselbe Behörde erkennt, welche für Verpfändungen zuständig ist. Die Bestimmung des §. 13 der K. Verord. in Betr. des Vollzuges des Notariatsges. v. 14. Juni 1843 (R.=Bl. S. 111), daß, wenn bei oder im Laufe einer unter waisengerichtlicher Leitung vorgehenden Erbschaftstheilung Erbschaftsgrundstücke an Miterben veräußert werden, die waisengerichtliche Bestätigung die Stelle des

treffenden Gutskomplex, geknüpft seyn können. So kann z. B. durch Vertrag bestimmt seyn: den Bewohnern des Ortes N. N. stehe für Erbauung und Erhaltung von Häusern, welche auf dem Markungskomplex jenes Ortes errichtet werden, ein Beholzungsrecht auf dem benachbarten Walde X. zu; der Besitzer des Gutskomplexes N. N. sey verpflichtet, auf der Markung desselben einen Güterweg zu Gunsten des Gutes X. herzustellen und zu erhalten; dem Besitzer des Gutes X. stehe das Recht des Waidganges über die mit eigenen Markungen versehenen Güter des N. zu und dergl. m. In solchen Fällen kann Streit entstehen, ob und wie weit das Gut N. N. oder die Güter des N. überhaupt eigene Markungen haben. Der Fall einer derartigen Beziehung in Folge gesetzlicher Bestimmungen erhellt am Klarsten aus den obigen Citaten, bezüglich der in Württemberg jetzt allerdings nicht mehr bestehenden Marklosung (oben S. 132 Nro. 7), so-

---

gerichtlichen Erkenntnisses auch dann vertreten solle, wenn die erbschaftlichen Güter auf fremder Markung liegen, beweist nur die regelmäßige Zuständigkeit des Gemeinderaths des Markungsortes, kann aber gegen die im Falle der Verschiedenheit der Markungs- und Steuergrenzen ausnahmsweise eintretende Zuständigkeit des Gemeinderaths des Steuerortes nicht angeführt werden, da bei jener Bestimmung gar kein Anlaß vorlag, sich hierüber auszusprechen.

Nur in Einem Falle muß die Zuständigkeit des Gemeinderaths des Markungsortes auch bei einer Verschiedenheit der Markungs- und Steuergrenzen eintreten, wenn Güter, welche in der Markung einer württ. Gemeinde liegen, zu einer ausländischen Gemeinde steuerbar sind, was bei Berathung des Art. 138 des Pfd.-Ges. offenbar übersehen worden ist. Solcher Güter gibt es aber noch manche, obwohl mit Baden und Bayern wenigstens bezüglich der Staatssteuer bereits Verträge zu Stande gekommen sind, und auch mit Preußen, wegen Hechingen, Unterhandlungen dießfalls gepflogen werden.

Einfacher und natürlicher wäre es freilich, wenn ganz allgemein der Gemeinderath des Markungsortes für zuständig erklärt würde, was nach Fertigung der neuen Güterbücher ohne Anstand sich durchführen ließe; allein es wäre dieß nur auf dem Wege der Gesetzgebung möglich. K.

dann besonders bezüglich des Waidganges (oben S. 133 Nro. 10). In solchen Fällen, mag es sich um Parthieendispositionen oder gesetzliche Bestimmungen handeln, können sich sehr schwierige Fragen aufwerfen, so namentlich, ob es hiebei auf das öffentlich-rechtliche oder auf ein privatrechtliches Markungsverhältniß, oder endlich auf die blose Eigenthumsbegrenzung, Gutsmarkung im engsten Sinne (vrgl. oben S. 123 ff. §. 3 Nro. 6 u. 7) ankomme; ferner ob der dermalige oder der zur Zeit der Begründung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses bestandene Zustand entscheidend seye (vergl. oben S. 146 ff. Rechtsfall 5) u. drgl. m.

E. Zum rechtlichen Verfahren — insbesondere zur Abscheidung der Kompetenz der Administrativ- und Civiljustizbehörden bei Streitigkeiten über das Markungsverhältniß und über die Formen der Geltendmachung desselben.

Unsere Aufgabe ist hier blos eine einfache Darlegung und Beleuchtung der hauptsächlichsten praktischen Gesichtspunkte, welche sich zunächst an die in der Einleitung A. §. 3 Nro. 6 u. 7 enthaltenen Bemerkungen anschließt.

I. Zunächst ist die Verschiedenheit der Art und Weise, wie das Markungsverhältniß, Gegenstand eines Rechtsanspruches — eines Streites oder eines außergerichtlichen Verfahrens — werden kann, in's Auge zu fassen.

1) Da, wie aus dem Obigen (S. 123 ff. §. 3 Nro. 6, 7) erhellt, das Markungsverhältniß sowohl Rechte, als Verbindlichkeiten für den Markungsinhaber, beziehungsweise den Besitzer des Gutskomplexes, über welchen das Markungsrecht zusteht, begründet, so kann sowohl für den Einen, als für den Anderen Grund vorliegen, den Markungsverband zu behaupten oder zu bestreiten, einen dießfallsigen Anspruch zu erheben oder zu bekämpfen; es kann, wie man der Kürze wegen sich ausdrücken möchte, das Markungsverhältniß als aktives oder als passives geltend gemacht werden. Es kann der Markungsinhaber A. das Markungsrecht über den Guts-

komplex N. (als aktives Rechtsverhältniß) in Anspruch nehmen und N. diesen Anspruch bestreiten, weil dieß für A. bezüglich des Steuerverhältnisses vortheilhaft ist, während es für N. in dieser Beziehung oder bezüglich der Wegebaulast ꝛc. zusagender ist, dem Markungsverband des benachbarten Markungsinhabers B. anzugehören oder eine eigene Markung zu haben. Es ist nun allerdings der gewöhnliche Fall eines Markungsstreites, daß der Besitzer des Gutskomplexes, um dessen Markungsverhältniß es sich handelt (N.), dießfallsige Ansprüche Anderer bestreitet. Es kann aber auch der Fall umgekehrt der seyn, daß die Einverleibung des Gutskomplexes N. in den Markungsverband von A. für den Inhaber der Markung A. mehr Lasten, z. B. bezüglich des Wegbaus, der Armenunterhaltung ꝛc. mit sich bringt, als der Gewinn an zuwachsender Steuer ꝛc. beträgt. Hier kann es wohl vorkommen, daß N. gegen A. den Anspruch erhebt, daß sein Gutskomplex zum Markungsverband von A. gehöre (passives Markungsverhältniß), und der Markungsinhaber von A. solches bestreitet. Besonders aber kann dieser Fall bezüglich des Markungsverhältnisses im privatrechtlichen Sinn vorkommen, wo die Rechte, welche mit dem passiven Markungsverhältniß verbunden sind, die Lasten gewöhnlich weit überwiegen.

2) Das Markungsverhältniß kann entweder

A. als selbstständiges Recht in Frage kommen. Hier handelt es sich um den Anspruch eines Markungsrechtes an und für sich, um einen Zustand, welchem gewisse bereits, sey es durch Gesetz oder Observanz im Allgemeinen festgesetzte rechtliche Attribute und Folgen entsprechen; wenn z. B. der Eigenthümer eines Gutskomplexes das Markungsrecht für diesen oder der Inhaber einer Nachbarmarkung solches für seinen Markungsverband in Anspruch nimmt; oder es kann das Markungsverhältniß

B. blos als ein Incidentpunkt des Hauptanspruches, als Voraussetzung oder Bedingung des in Anspruch genommenen Rechtes in Frage kommen; wenn z. B. ein Markungsgenosse

ein den Markungsgenossen überhaupt zustehendes Beholzungsrecht in Anspruch nimmt oder ein Waiderecht von dem Markungsverband abhängt u. drgl. (vrgl. S. 146 ff. Rechtsf. 5). Ueber diesen Fall ist nichts auszuführen, da das Verfahren in solchen Fällen nichts Besonderes hat.[10] Was dagegen den ersten Fall

II. die Geltendmachung des Markungsrechts als eines selbstständigen Anspruchs betrifft, so ist

1) schon oben (S. 125 §. 3, Nro. 7) bemerkt worden, daß das Markungsrecht im öffentlich-rechtlichen Sinn in dieser Weise geltend gemacht werden kann und die unter C. 6. 7. und 8. mitgetheilten Rechtsfälle liefern hiefür Beispiele; wogegen

2) gleichfalls oben angeführt wurde, daß dieß bei dem Markungsverhältniß im privatrechtlichen Sinn wenigstens der Regel nach nicht der Fall ist. Wenn zwischen dem Inhaber des Gutskomplexes N. und dem Inhaber der Markung A. gestritten wird, ob jener Komplex eine eigene Markung bilde, oder zur Markung von A. gehöre, und es wird auch für letzteres erkannt, so ist damit noch nicht entschieden, daß den Einwohnern des Ortes N. ein gewisses Recht, z. B. ein den Markungsgenossen von A. in einer früheren Zeit vertragsmäßig bestelltes Beholzungsrecht, oder ein Waidgang, welchen ein Dritter dem Markungsinhaber von A. oder dessen Genossen durch Vertrag bestellt hat, zukomme, sondern es müßte erst untersucht werden, ob der Vertrag die Bedeutung hatte, daß das Recht allen und jeden dermaligen und künftigen Markungsgenossen bestellt seyn soll. Nur etwa die Frage könnte aufgeworfen werden, ob nicht, wenn nach dem betr. Ortsstatut, oder nach einer entschiedenen Observanz an den Markungsverband gewisse Rechte und Verbindlichkeiten im Allgemeinen geknüpft sind, ein Erkenntniß, daß ein gewisser Güterkomplex zu diesem Markungsverband gehöre, die Wirkung hätte, daß sofort die statuten- und observanzmäßigen Bestimmungen ohne Weiteres Anwendung finden, ob also nicht

---

[10]) Vergl. übrigens die Bemerkung der Redaktion S. 148 in der Note 15 zu dem unter lit. C. Nr. 5 mitgetheilten Rechtsfall. K.

in dem oben angeführten Fall ein den Markungsgenossen von A. überhaupt statuten= oder observanzmäßig zustehendes Beholzungs=, Waiderecht rc. in Folge des Erkenntnisses ohne Weiteres auch den Ortseinwohnern des Güterkomplexes von N. zufalle. Allein nicht einmal dieß könnte angenommen werden, denn, da der Ausdruck Markung sehr verschiedene Bedeutungen und Beziehungen hat, so müßte immer untersucht werden, was nach dem in Frage stehenden Ortsstatut oder nach der betr. Observanz unter Markung zu verstehen sey, ob die Voraussetzungen des Ortsstatuts oder der Observanz bezüglich des vorliegenden Markungsverhältnisses zutreffen.

3) Was endlich den oben weiter angeführten Fall betrifft, wo die (neben der Versteinung gegen die einzelnen Nachbargrundstücke an den betr. Berührungspunkten stattfindende) Markungsversteinung lediglich als Begränzung eines geschlossenen Güterkomplexes ohne besondere, daran geknüpfte rechtliche Folgen (wie sie bei den beiden vorigen Fällen stattfinden) erscheint, Gutsmarkung im engsten Sinn, so ist einleuchtend, daß eine derartige Begränzung für den Eigenthümer eines solchen Gutskomplexes sowohl in privatrechtlicher, als mittelbar selbst in öffentlich=rechtlicher Beziehung von großem Interesse seyn oder doch jeden Augenblick werden kann. Daß der Eigenthümer das Recht hat, eine solche Begrenzung auf seinem eigenen Grund und Boden zu errichten, darüber kann kein Zweifel seyn; es ist dieses Recht ein Correlat der Eigenthumsbefugnisse an sich.[11] Allein eine Abgrenzung hat praktisch keinen Werth, wenn sie nicht auch gegenüber von dem Grenznachbar Geltung hat, eine gegenseitige ist, weßhalb auch (wie oben S. 121 §. 3, Nro. 1 bemerkt wurde) solche Grenzen entweder gemeinschaftlich errichtet oder durch Gegensteine bezeichnet zu werden pflegen. Die Frage ist also: hat der Inhaber eines Güterkomplexes

---

[11] Das Recht erstreckt sich sogar auf förmliche Umwallung l. 10 Cod. de aedif. priv. (8, 10).

gegenüber von den Inhabern benachbarter Güterkomplexe und insbesondere Markungen das Recht, die Anerkennung einer solchen zu errichtenden oder bereits errichteten Gutsmarkung zu fordern. Dieser Fall kann besonders dann vorkommen, wenn von Jemand in einer oder mehreren Markungen mehrere Grundstücke in der Weise besessen werden, daß sie einen ununterbrochenen Zusammenhang bilden, also zu einem abgeschlossenen Komplex vermarkt werden können oder bereits sind. Die Frage ist: kann derselbe von den betreffenden Markungsinhabern oder Eigenthümern geschlossener Gutskomplexe fordern, daß sie einer Begrenzung seines Gutskomplexes als eines geschlossenen zustimmen, oder daß sie eine solche bereits bestehende Begrenzung anerkennen. Die Frage mag bisher selten vorgekommen seyn, dürfte aber künftig, nachdem man den Werth geschlossener Güter erkannt hat, praktisch werden.

Das Recht, eine gegenseitige Eigenthumsbegrenzung von dem Nachbar zu fordern, ist bezüglich der einzelnen Nachbargrundstücke in der act. fin. regundor. (welche nicht bloß auf Wiederherstellung, sondern auch auf Feststellung der Grenzen gerichtet ist)[12] prinzipiell anerkannt; ob es auch bezüglich eines Komplexes als eines geschlossenen stattfinde, ist freilich nicht unzweifelhaft.

III. In den sämmtlichen angeführten Fällen des Markungsverhältnisses kann es sich entweder um Konstituirung desselben, Errichtung durch Herstellung der Markungsgrenzen und beziehungsweise Feststellung der das Markungsverhältniß bildenden Rechte, oder um Konstatirung des Markungsverhältnisses, Feststellung der Frage: ob und mit welchen Attributen ein solches bereits bestehe, handeln.

1) Die Konstituirung des Markungsverhältnisses im öffentlich-rechtlichen Sinn ist Sache der Verwaltung, kann aber auch durch freie Willensakte der betr. Inhaber von Gutskomplexen, dieß jedoch, wie sich von selbst versteht, nur unter Zustimmung der Verwaltungsaufsichts-

---

[12] Vergl. Schmidt, Lehrb. von Klagen rc. §. 1142.

behörden geschehen. Näheres über die Fälle und Modalitäten der Konstituirung des Verhältnisses von Seiten der Verwaltung ist zu entnehmen oben S. 126 ff. Nro. 2, 3, 4, 6.

Die Konstituirung des Markungsverhältnisses mit privatrechtlichen Attributen kann nur in der Partheiendisposition oder der Observanz und Verjährung liegen. Der oben angeregte Fall, daß dieselbe durch Statuten der Markungsgemeinde geschieht, was in älteren Zeiten nicht ungewöhnlich war und auch jetzt noch vorkommen kann, fällt mit dem Vertrag zusammen. Die Genossen eines Güterkomplexes, welcher bereits eine Markung bildet, oder eine Vermarkung erhält, bestimmen durch einen freien Willensakt, daß mit dem Verband im Ganzen diese oder jene Rechte und Verbindlichkeiten, z. B. Beholzungs-, Waiderechte, der Vortheil und der Aufwand von gewissen Einrichtungen zum Schutz und Genuß des Verbands oder der einzelnen Genossen verknüpft seyn sollen.

Was endlich das mehrangeführte Verhältniß einer Gutsmarkung im engsten Sinn betrifft, so ist soviel außer Zweifel, daß die Inhaber benachbarter Gutskomplexe, beziehungsweise Markungen sich vereinigen können, eine Abgrenzung solcher Komplexe als geschlossener Güter vorzunehmen. Ob die Konstituirung eines solchen Verhältnisses auch durch richterliches Erkenntniß geschehen könne, steht, wie aus dem zu II. Ausgeführten erhellt, dahin.

2) Die Konstatirung des Markungsverhältnisses als eines bereits bestehenden und zwar selbstständigen Zustands kann in den hievor angeführten dreierlei Beziehungen Gegenstand eines Verfahrens werden. Es wird hiebei in der Regel der Anspruch auf Anerkennung des Bestehens eines bestrittenen oder wenigstens ungewissen Markungsrechts gerichtet seyn.

IV. Auf den Grund des Vorstehenden ist die Frage über Abscheidung der Kompetenz mit Folgendem festzustellen. Schon aus dem Bisherigen konnte entnommen werden, daß das Markungsverhältniß Gegenstand sowohl der Verwal-

tungsjustiz, als der Civiljustiz werden kann. Ein ganz durchgreifender Grundsatz darüber, wann das Eine, wann das Andere stattfinde, läßt sich, wie bei Fragen über Kompetenzbegrenzung dieser beiden Zweige der Rechtsverwaltung überhaupt, nicht aufstellen. Allein immerhin werden sich durch eine Analysirung der verschiedenen Fälle einige Anhaltspunkte hiefür finden lassen.

1) Wenn es sich um ein Markungsverhältniß im öffentlich-rechtlichen Sinn handelt, und zwar:

a) um Konstituirung eines solchen, so fällt die Sache der Verwaltungsjustiz (im Gegensatz gegen die Verwaltung, wo es bloß auf Leitung und Beaufsichtigung der Akte der Betheiligten ankommt) dann anheim, wenn es zum Streit zwischen den Betheiligten oder wenigstens zu einer Beschwerde gegen die dießfälligen Verfügungen der Verwaltungsbehörden kommt;

b) die Anerkennung eines öffentlich rechtlichen Markungsverhältnisses, welche stets einen Streit voraussetzt, gehört unter allen Umständen zur Verhandlung und Entscheidung der Administrativjustizbehörden.

2) Was das Markungsverhältniß mit besonderen privatrechtlichen Attributen betrifft, so kann

a) dessen Konstituirung bloß durch einen Willensakt oder Observanz geschehen und deßhalb nicht Gegenstand einer Entscheidung werden;

b) der Anspruch auf Anerkennung eines solchen dagegen ist, wie keiner Ausführung bedarf, vor den Civilgerichten auszutragen.

3) Wird angenommen, daß das Recht auf eine Gutsmarkung im engsten Sinn unter gewissen Voraussetzungen geltend gemacht werden könne, so könnte

a) wenn die Konstituirung eines solchen Verhältnisses als eines gegenseitigen außer dem Weg der freien Uebereinkunft gefordert würde, sowie, wenn der Eigenthümer eines Gutskomplexes eine solche Vermarkung lediglich auf eigenem Grund und Boden vornähme, wozu er nach dem Obigen an

sich berechtigt wäre, ein Streit hierüber entweder aus öffentlich-rechtlichen Gründen entstehen, wenn z. B. die Inhaber der Nachbarmarkungen aus dem Grunde Widerspruch erheben würden, daß hiedurch eine Verwirrung bezüglich des öffentlich rechtlichen Markungsverhältnisses, in welchem der zu vermarkende Gutskomplex zu den Nachbarmarkungen stehe, entstehen könne, oder es können die Inhaber der Nachbarmarkungen oder auch der einzelnen Nachbargrundstücke ihre Einsprache auf privatrechtliche Gründe, z. B. eine mögliche Verwirrung der Eigenthumsgrenzen 2c. stützen, und es kann sonach ein solcher Streit je nach Umständen entweder der Kompetenz der Administrativ- oder der Civiljustiz anheimfallen;

b) ein Streit über das Bestehen einer solchen Gutsmarkung im engsten Sinn — die Klage auf deren Anerkennung 2c. (vrgl. III. 2) muß, da die Voraussetzung hiebei gerade die ist, daß es sich um keine besondere rechtliche Folge, sondern lediglich um die Begrenzung eines Eigenthumskomplexes gegenüber von andern handle, der Kompetenz der Civilgerichte zufallen.

Wenn nun gleich nach dem Vorstehenden gewisse Grenzen der Kompetenz der Administrativ- und der Civiljustiz im Allgemeinen bezeichnet sind, so können sich doch bei der Subsumtion des einzelnen Falles immer noch Anstände genug ergeben. Denn nicht nur muß die Frage über die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Natur der Streitmomente aus einem, häufig sehr vagen und unjuristischen Parthieenvorbringen beurtheilt werden, sondern es ist bekanntlich die Dijudikation jener Frage an sich schon oft sehr zweifelhaft, besonders wenn die Begründung des Verhältnisses eine zusammengesetzte und verwickelte ist. Es sollte daher auf vage Klagebegründungen und Bitten hin, aus welchen nicht klar zu ersehen ist, welche Folgen mit dem Anspruch bezweckt werden, gar kein Verfahren zugelassen, sondern die Parthie vor Allem zur bestimmten Erklärung hierüber veranlaßt werden. Besonders wird dieß da, wo die Civilgerichte angerufen werden, höchst nöthig. Es wird sich damit häufig ergeben, daß die

Sache sich gar nicht vor die Civilgerichte eignet.[12] Zeigt sich aber, daß es sich bei dem Streit um gewisse Nutzungen an Waldungen, Waiden u. dergl. handelt, so wird sich die zweifelhafte Frage, ob über das Verhältniß als einen allgemeinen Zustand verhandelt und erkannt werden könne, in der Regel erledigen, indem die Sache meist in den Gang eines Streites über einzelne konkrete Rechte und Verbindlichkeiten (vgl. oben I. B.) wird eingeleitet werden können. Zeigt sich dagegen, daß die Richtung der Klage bloß dahin geht, zu erwirken, daß die Begrenzung des Gutskomplexes des Klägers, sowie er durch Versteinung oder sonst durch Beschreibung in einer Urkunde oder in dem Vorbringen bezeichnet ist, als die richtige — der Gutskomplex als ein gegenüber von anderen geschlossener anerkannt werde, ohne daß hieran bestimmte, rechtliche Folgen geknüpft werden, so hat man es mit der Frage über eine Gutsmarkung im engsten Sinn zu thun und es reduzirt sich der Streit bloß auf die (oben II. 3, berührte) Frage, ob und mit welcher Wirkung ein solcher Anspruch erhoben werden könne.

V. Was endlich die Rechtsmittel betrifft, welche zu Erlangung der in Vorstehendem erörterten verschiedenen Ansprüche dienen können, so ist für diejenigen Fälle, welche der Administrativjustiz anheimfallen, eine freiere Bewegung gegeben, da diese nicht, wie die Civiljustiz an das, besonders für Verhältnisse der neueren Zeit häufig nicht gut ausreichende römische Klagensystem gebunden ist. Nichtsdestoweniger ist es auch bei dem Verfahren in Verwaltungsjustizsachen von Werth, das römische Klagensystem wenigstens im Auge zu behalten, zumal wo dieselben Berührungspunkte mit dem Civilverfahren darbieten. Denn dieses System, obgleich wesentlich auf der Geschichte und den besonderen Institutionen des römischen Rechts ruhend, hat doch zugleich eine

---

[12] Einen sprechenden Beleg hiefür liefert der unter lit. C. Nr. 1 mitgetheilte Rechtsfall, wo ein Markungsstreit 16 Jahre lang vor den Gerichten verhandelt und dann erst deren Incompetenz ausgesprochen wurde.

Philosophie, deren Beachtung auch für das Verwaltungsjustizverfahren Argumente und Analogien bietet, durch welche dasselbe an Konsequenz und Sicherheit gewinnen kann.

In den Rechtsfällen finden sich nun verschiedene Versuche, für Streitigkeiten über das Markungsrecht Rechtsmittel aufzufinden, welche dem bestehenden Klagensystem entsprechen.

In dem lit. C. Nro. 2 mitgetheilten Rechtsfall ist die Analogie des römisch-rechtlichen status geltend gemacht. Es ist nicht zu verkennen, daß diese Ansicht Einiges für sich hat. Wird der status familiae, filiationis etc. libertatis, civitatis, zuerkannt, so sind hiemit die rechtlichen Folgen, wie sie regelmäßig und im Zweifel eintreten, bestimmt, und dieß ist es auch, was man erreichen will, wenn man das Markungsrecht für einen gewissen Güterkomplex in Anspruch nimmt, was, wie gezeigt, wenigstens bei dem öffentlichrechtlichen Markungsverhältniß geschehen kann. Man könnte also sagen: wie der status civitatis den Inbegriff der dem Menschen in seiner Eigenschaft als Bürger zustehenden Rechte bilde, so der status einer Markung den Inbegriff der Rechte, welche einem Güterkomplex in seiner Eigenschaft als Markung zukommen. Allein die Analogie ist doch nicht ganz zutreffend. Es wäre dieß ein status der Sache, welcher von dem römischen status personarum schon wegen der Verschiedenheit der unterliegenden Elemente inkonveniente Abweichungen haben muß. Das Markungsrecht fällt unter die Kategorie der dinglichen Rechte. Auf dem Güterkomplex, welcher eine Markung bildet, haften gewisse dingliche Rechte und Lasten; der Anspruch auf ein Markungsrecht wird als Attribut einer Sache geltend gemacht, er wird gegen eine Sache verfolgt; beides ist bei dem Anspruch auf den status civitatis nicht der Fall. Es ist auch ein derartiger Begriff dem römischen Recht fremd. (Vergl. Dirksen manuale latinit. font. jur. civ. rom. s. v. status). Das Eigenthum ist auch ein Verhältniß, das gewisse allgemein festgesetzte rechtliche Folgen hat, und kann als ein selbstständiges Recht verfolgt werden;

es wird jedoch dasselbe nicht als status und die Eigenthumsklage nicht als eine Präjudizialklage angesehen.

Man hat ferner das Markungsrecht als ein servitutenartiges Recht hingestellt und eine act. confessor. beziehungsweise negator. für das zutreffende Rechtsmittel erklärt. Diese Subsumtion trifft namentlich da zu, wo ein Markungsrecht gegen den Inhaber eines Gutskomplexes, oder die Freiheit von dem, durch einen andern besessenen oder wenigstens behaupteten Markungsrecht geltend gemacht wird, nicht aber, wo sich Dritte um dieses Recht streiten. Weiter nimmt man eine der Eigenthumsklage deutschrechtlich analoge Klage an, weil es sich um Ausübung von Rechten in Beziehung auf Grundstücke handle und die Ausübung dieser Rechte durch das Markungsrecht bedingt sey. Die Analogie zwischen dem Eigenthumsanspruch und dem Anspruch eines Markungsrechts liegt auch wirklich sehr nahe; allein die Grundsätze der rei vindic. bringen es mit sich, daß man hiebei nur eine Klage des Nichtbesitzers gegen den Besitzer annehmen kann. Der Besitz oder vielmehr der Quasibesitz des Beklagten bestünde darin, daß derselbe zur Zeit der Anstellung der Klage die Rechte ausübt, welche als Ausfluß des Markungsrechts zu betrachten sind, z. B. Jurisdiktionsakte vornimmt, Steuern erhebt ꝛc. Wenn daher, wie in dem Rechtsfall C. Nro. 1 keiner der streitenden Theile in dem Besitz des Markungsrechts sich befindet, sondern der betreffende Gutskomplex eine eigene Markung bildet, oder auch zu einer dritten Markung gehört, so könnte das Erkenntniß mit diesem Rechtsmittel bloß eine negative Bedeutung erhalten.

Die am häufigsten vorkommende Subsumtion ist die unter die act. fin. regundor. Diese Klage steht zu auf Wiederherstellung der Grenzen, welche in Verwirrung gerathen und **Feststellung** solcher, welche überhaupt ungewiß sind und zwar nicht bloß in Beziehung auf Grundstücke sondern auch auf Gerechtsame, welche Grundstücken zukommen. [13] Ihre

[13] **Hagemann.** Landw. Recht §. 161 ff. **Schmid**, Lehrb. von Klagen §. 1139 ff.

Ausdehnung auf Gerechtsame rechtfertigt man mit Berufung auf Cap. 3. X. de probat. (2. 19),[14] welche Gesetzesstelle übrigens auch nur eine Analogie bietet. Es liegt aber auch in der Sache selbst eine solche Analogie. Wie die act. fin. regundor. eine Verwirrung oder Ungewißheit der Grenzen, welche das Eigenthum von benachbarten Grundstücken oder auch ganzen Distrikten, Komplexen von Grundstücken, bestimmen, voraussetzt, so handelt es sich auch in dem Fall, wo die Verwirrung oder Ungewißheit bezüglich der mit solchen Güterkomplexen verbundenen Rechte stattfindet, nur um eine Wiederherstellung oder Feststellung der Begrenzung der Rechtsdistrikte. Wenn übrigens gleich der act. fin. regund. die Voraussetzung zu Grunde liegt, daß beiden Nachbarn ein Eigenthum an den bezüglichen Grundstücken zustehe und nur ungewiß sey, wie weit sich das Eigenthum des Einen und des Anderen erstrecke, so ist doch die Klage nicht dadurch bedingt, daß dieses Eigenthum beiderseits anerkannt oder bewiesen sey, sondern es kann der Bekl. der Klage auch die Einwendung entgegensetzen, daß dem Kläger ein Eigenthum gar nicht oder daß es ihm, dem Bekl. allein zustehe, wodurch allerdings die Eigenthumsfrage zum nächsten Streitpunkt werden kann, woraus jedoch nicht folgt, daß die act. fin. regund. nicht habe angestellt werden können.[15] So kann es auch bei der Anwendung der act. fin. regund. auf Streitigkeiten über das Markungsverhältniß vorkommen, daß der Beklagte einwendet, daß ihm das Markungsrecht über den im Streit begriffenen Güterkomplex ausschließlich zustehe und daher von einer Regulirung der Markungs- und Markungsrechtsgrenzen gar keine Rede werden könne. Unter die Analogie einer Verwirrung der Nachbargrenzen können dagegen diejenigen Fälle nicht gestellt werden, wo der Streit nicht den

---

[14] Bei Schmid, a. a. O. S. 1139 ist Cap. 3 X de praebend. citirt, was offenbar auf einem Versehen beruht.

[15] Vergl. l. 11 D. fin. regund. (10, 1.) — l. 3 Cod. fin. regund. (3, 39) — Holzschuher, Theorie zc. II. 1. S. 126 ff.

Anspruch zweier benachbarter Prätendenten — das in Anspruch genommene Recht als vorausgesetztes Objekt —, sondern die Frage betrifft, ob auf dem betr. Distrikt das in Anspruch genommene Recht hafte, ob es von dem Besitzer des betr. Gutskomplexes anzuerkennen sey.

Eine Analyse der verschiedenen bei dem Markungsverhältnisse vorkommenden Fälle wird zeigen, daß keine der vorstehenden Analogien für alle Fälle zutrifft, und dazu dienen, die nöthigen Anhaltspunkte für die Subsumtion zu gewinnen.

Setzen wir die Markungen A. und B. und zwischen beiden (oder auch sonst in der Nähe) den geschlossenen Gutskomplex N. und betrachten sofort die hauptsächlichen Fälle von Streitigkeiten, welche bezüglich des Markungsrechts über N. (wobei vorerst das Markungsrecht im eigentlichen Sinn — im Gegensatz gegen eine bloße Gutsmarkung im engsten Sinne unterstellt ist) vorkommen können.

1) Der Markungsinhaber von A. spricht das Markungsrecht über N. an, der Markungsinhaber von B. befindet sich im Besitz dieses Markungsrechts, d. h. er bezieht Steuern von N., kognoszirt über die Verträge von Veräußerung liegender Güter des Komplexes N. namentlich Unterpfandsbestellungen ꝛc. Es tritt also A. mit einer Klage gegen B. auf, welche dahin gerichtet seyn wird: zu erkennen, daß dem Kläger A. das Markungsrecht über N. zustehe, daß N. zur Markung von A. gehöre, demgemäß B. das Markungsrecht über N. als dem A. zustehend anerkenne ꝛc. Hier ist die Analogie der Klage mit der rei vindicatio einleuchtend. Wie bei letzterer das an einem gewissen Grundstück zustehende Eigenthum angesprochen wird, so hier das an einem Gutskomplex zustehende Markungsrecht. Eigenthümlich ist dagegen bei dem vorliegenden Fall, daß außer den streitenden Theilen A. und B. auch noch der Besitzer von N. wesentlich dabei betheiligt ist, ob sein Gutskomplex dem Markungsverband von A. oder dem von B. einverleibt ist, da er bei ersterem mehr Steuern zu bezahlen haben kann, als bei dem

zweiten, dem er bisher zugetheilt war ꝛc. Dieß kann jedoch in der Frage über das Rechtsmittel für die Hauptpartheien nichts ändern. Natürlich kann das Erkenntniß über den Streit zwischen A. und B. dem N. nichts präjudiziren. Daß er als Intervenient mithandeln kann, unterliegt keinem Zweifel; ob und in welcher Weise er aber mitzuhandeln genöthigt werden könne, namentlich durch Adcitation, ist eine Frage, deren Untersuchung hier zu weit führen würde, deren Bejahung übrigens bei einem Administrativjustizverfahren, wo man nicht an das römische Klagensystem gebunden ist, kaum ein Bedenken haben kann. Jedenfalls bleibt, wenn der Streit zwischen A. und B. ohne Theilnahme des N. entschieden wird, dem letzteren bevor, später seine Rechte in einem besonderen Verfahren auszuführen. (Vergl. unten Nro. 5. 6.)

2) A. spricht das Markungsrecht über den Gutskompler von N. an, der Inhalt des letzteren hat aber bisher das Markungsrecht auf seinen Gutskompler selbst ausgeübt. Nun klagt A. gegen N. mit der Bitte: zu erkennen, daß A. das Markungsrecht bezüglich des Gutskompleres N. zustehe — daß N. zur Markung A. gehöre ꝛc. Es könnte scheinen, daß auch dieser Fall der rei vindicat. analog sey, sofern A. das Markungsrecht von N. für sich anspreche, welches der Inhaber von N. besitze. Allein das Markungsrecht, welches A. hier in Anspruch nimmt, ist wesentlich verschieden von dem Markungsrecht, das N. besitzt. Ersteres ist ein Recht auf einer fremden — letzteres ein Recht an der eigenen Sache; ersteres ist ein besonderes servitutenähnliches, letzteres ein mit dem Eigenthum — und zwar mit dem Eigenthum an einem geschlossenen Gutskompler verbundenes, oder doch dem Eigenthum analoges Recht. Daß der Beklagte letzteres besitzt, und in der Regel auch den Anspruch hierauf der Klage entgegensetzen wird, ändert nichts an der Natur der Klage; es liegt in Letzterem nur ein Widerspruch der Klagebegründung mit einem Gegenbeweisvorbringen. Die Klage, welche A. anzustellen hat, wird also die konfessorische seyn. Einen Be-

leg für diesen Fall liefert Rechtsfall V. zu C., in welchem mit ziemlicher Bestimmtheit erhoben wurde, daß der Hospital in B.... die Markungsrechte auf seinen Waldungen (N.), von welchen die Gemeinde A.... (A.) behauptete, daß solche zu ihrer Markung gehören, bisher selbst ausgeübt hatte.

3) N. spricht für seinen Gutskomplex ein eigenes Markungsrecht an, während A. die Markungsrechte über N. ausübt. N. klagt gegen A. zu erkennen: daß dem A. kein Markungsrecht über N. zustehe, vielmehr N. eine eigene Markung bilde 2c. Auch hier könnte man versucht seyn, eine Analogie mit der rei vindic. anzunehmen. Es steht jedoch solchem die gleiche Argumentation im Wege, wie bei dem vorigen Fall. N. spricht zunächst nur Befreiung von dem von A. besessenen und behaupteten Recht auf seiner, des N. Sache an und das eigene Markungsrecht, welches er in Anspruch nimmt, ist nicht dasselbe Objekt, das er dem A. abstreiten will. Es ist also hier die Analogie der negatorischen Klage gegeben.

4) Sowohl A. als B. spricht das Markungsrecht über N. an, während sich keiner von Beiden im Besitze befindet Hier kann A. gegen B. oder B. gegen A. Klage erheben — jeder mit der Bitte: zu erkennen, daß N. zu seiner Markung gehöre, daß ihm das Markungsrecht über N. zustehe. Es ist hier vorausgesetzt, daß ein Markungsverband zwischen A. beziehungsweise B. einerseits und N. andererseits bestanden habe, oder daß wenigstens solches behauptet werde; denn wenn A. und B. selbst davon ausgehen, daß, wie dieß angeführter Maßen bisher häufig der Fall war, N. bisher gar keinem Markungsverband angehört habe, so kann nicht von Verfolgung eines solchen Anspruchs von Seite A. und B. die Rede seyn, sondern die Sache geht in die Frage über Konstituirung eines Markungsverbands (vergl. oben §. 4. III. 1 2c.) über. Wenn aber A. und B. sich darüber streiten, ob oder in wie weit der Gutskomplex N. zu der Markung des Einen oder Andern gehöre, wenn jeder behauptet, daß sein Markungsrecht sich ganz oder zum Theil über den

Gutskompler N. erstrecke, so ist der Fall ganz dem analog, wenn zwei Besitzer einzelner Nachbargrundstücke einen zwischen beiden gelegenen Raum als Eigenthum ansprechen, wo Jeder behauptet, daß sein Eigenthum sich auch über einen gewissen, zwischen beiden gelegenen Theil erstrecke, wo nicht ausgemittelt ist, wie weit sich das Eigenthum des Einen oder Andern erstrecke, wo das Eigenthum beider nur bis zu gewissen Endpunkten anerkannt, von hier an aber beiderseits im Streit ist, zwar unterstellt ist, daß Einer oder der Andere Eigenthümer des bestrittenen Theils sey, aber kein privativer Besitz des Einen oder Andern stattfindet, — mit einem Worte, wo eine Verwirrung oder Ungewißheit der Eigenthumsgrenzen der beiden Nachbargrundstücke vorliegt. In dem vorliegenden Fall ist vorausgesetzt oder behauptet, daß ein Markungsverband zwischen A., beziehungsweise B. und N. bestehe; es ist ferner unterstellt, daß sich weder A. noch B. im privativen Besitz des Markungsrechts über N. befinde, dagegen ist bestritten, ob der Gutskompler N. in den Grenzen des Rechtsdistrikts des Einen oder des Andern sich befinde. Es ist also eine Verwirrung oder Ungewißheit der Grenzen der beiderseitigen Rechtsdistrikte Gegenstand des Streits und also ganz die Anologie der act. fin. regund. gegeben. Hinsichtlich der Betheiligung von N. bei diesem Streit findet das zu 1 Angeführte statt. Einen Beleg zu vorstehendem Fall bildet der unter lit. C. Nro. 1 S. 134 mitgetheilte Rechtsfall, ohne daß übrigens dort die Betheiligung von dem im Streit liegenden Güterkomplexe zur Sprache kam.

5) Wenn die eigentliche Streitfrage die ist, ob überhaupt ein Markungsrecht über N. dem A. zustehe, indem der Inhaber des Gutskomplexes N. behauptet, entweder, daß dieser in gar keinem Markungsverband stehe, oder daß er ein eigenes Markungsrecht habe, oder daß dieses dem B. zustehe, so ist Hauptgegenstand des Streits und insbesondere des Beweisfahrens: ob ein dingliches Recht — das Markungsrecht auf dem Gutskompler von N. bestehe; es ist also

der Fall dem ähnlich, wo eine Servitut in Anspruch genommen wird.

a) Klagt nun A. gegen N., es möge erkannt werden: daß A. das Markungsrecht über N. zustehe, und es hat N. bisher das Markungsrecht auf seinem Gutskomplex selbst ausgeübt, so ist schon zu 2 gezeigt, daß die Analogie der actio confessoria zutrifft; das Gleiche findet statt, wenn bisher das Markungsrecht von Niemanden oder von dem Kläger selbst ausgeübt wurde. Für den zweiten Fall liegt ein Beleg in dem unter lit. C. Nro. 2 S. 137 mitgetheilten Rechtsfall, wobei übrigens zu bemerken ist, daß dort der Besitzer des Hofguts auch negatorisch hätte klagen können, was er durch die Provokation, deren rechlliche Statthaftigkeit sehr dahin steht, umging.

b) Klagt dagegen N. gegen A. wegen des von diesem besessenen Markungsrechts über N. und zwar in der Art, daß er selbst für N. ein eigenes Markungsrecht anspricht, so ist, wie zu 3 gezeigt wurde, die act. negat. utilis begründet; das Gleiche findet statt, wenn sich A. nicht im Besitz befindet, sondern nur das Markungsrecht über N. sich in einer Weise anmaßt, welche überhaupt geeignet ist, eine negatorische Klage zu rechtfertigen.[16] Diese Klage sollte eigentlich bloß auf Befreiung von dem durch A. sich angemaßten Markungsrecht über N. gerichtet werden, mit der Bitte: zu erkennen, daß dieses Recht A. nicht zustehe, und der Bekl. sich solcher Störungen zu enthalten habe ꝛc. Denn der Anspruch des N., daß ihm auf seinem Gutskomplex ein eigenes Markungsrecht zustehe, betrifft kein Recht, welches von A. gewährt werden kann; bloß der Anspruch von A. soll beseitigt werden und ist dieß geschehen, so fragt sich erst, ob dem Anspruch des N. auf ein eigenes Markungsrecht über seinem Gutskomplex sonst nichts, namentlich nicht etwa ein Anspruch des B., im Weg stehe. Die Klage wird aber, wenn der Kläger ein eigenes Markungsrecht in Anspruch nimmt, häufig

---

[16] Schmidt Lehrb. v. Klagen ꝛc. §. 468 Note 1.

dahin formulirt: zu erkennen, daß N. eine eigene Markung bilde, N. ein Markungsrecht zustehe. Beleg für diesen Fall ist der unter C. Nro. 6 S. 149 mitgetheilte Rechtsfall. Auch der Rechtsfall Nro. 7 S. 151 würde unter die vorstehende Subsumtion fallen, wenn man die Gemeinde Bissingen für legitimirt erachten würde, Namens derjenigen Gemeindeangehörigen von Bissingen Klage zu erheben, über deren zum Mädergut gehörigen Güter Horkheim das Markungsrecht anspricht.

6) Handelt es sich endlich um den oben I. 1, erörterten Fall der Geltendmachung eines — wie es dort Kürze halber bezeichnet wurde — passiven Markungsverhältnisses, so findet im Wesentlichen das hievor zu 5 Angeführte statt. — Wenn N. gegen A. klagt, es möge erkannt werden: daß N. zur Markung von A. gehöre — daß N. das Recht des Markungsverbands mit A. zustehe, so liegt ebenfalls die Behauptung eines servitutenartigen Rechts vor; für den Gutskomplex N. werden das Recht auf gewisse öffentliche rechtliche Folgen des Markungsverbandes, von A. — Wegbau, Jurisdiktionseinrichtungen ꝛc. oder Abnahme der Last, solche selbst bestellen zu müssen, ferner gewisse privatrechtliche mit dem Markungsverband von A. verknüpfte Rechte — Waidgang, Waldnutzungen ꝛc. gefordert. Es hat also N. konfessorisch und A., wenn er Befreiungen von einem solchen Anspruch des N. bezweckt, negatorisch zu klagen.

Das kurzgefaßte Resultat der vorstehenden Betrachtungen wäre denn, daß in Fällen, wo die Frage über das Bestehen des angesprochenen Markungsrechts an und für sich im Streit liegt, wo der Hauptstreitpunkt ist, ob das Markungsrecht in Anspruch genommen werden kann, die Klagen für Servituten analog eintreten; da aber, wo das Bestehen des Markungsrechts an sich nicht Gegenstand des Streites, sondern nur die Frage ist, ob ein als bestehend vorausgesetztes Markungsrecht dem Einen oder Andern der streitenden Theile zustehe, eine der rei vindic. oder der act. fin. regund. analoge Klage stattfindet, je nachdem das Recht gegen den Besitzer verfolgt

wird, oder eine Verwirrung oder Ungewißheit hinsichtlich des Rechtsbesitzes vorliegt.

Aus der vorstehenden Erörterung über die Rechtsmittel ist noch hervorzuheben, daß man das Markungsrecht in seiner Eigenschaft als Attribut eines Gutskomplexes, welches als eine Parallele des Eigenthums angesehen werden kann, und das Markungsrecht, welches als ein Recht auf dem Gutskomplex eines Anderen angesprochen wird, — das dem Servitutenverhältniß parallel lauft, scharf auseinanderhalten muß, und nicht, wie häufig geschieht und vielfache Verwirrung in die Verhandlung solcher Sachen bringt, diese beiden Rechte als gleichartige oder gar identische, lediglich bezüglich des berechtigten Subjekts verschiedene auffassen darf.

Hieher nur noch die Bemerkung, daß das Markungsrecht in der bisherigen Bedeutung, als selbstständiges Recht, an sich auch Gegenstand eines bloßen Besitzstreits werden könnte. Da jedoch, wie gezeigt, das Markungsrecht im privatrechtlichen Sinn in jener Bedeutung nicht leicht Gegenstand des Verfahrens werden wird und im Administrativjustizverfahren eigentliche Besitzesstreitigkeiten nicht recipirt sind, sondern bloß Provisorien an die Stelle derselben treten, so ist die Frage nicht praktisch.

Was endlich den Fall einer Gutsmarkung im engsten Sinn betrifft, so kann diese in folgendrr Weise Gegenstand des Streits werden. N. behauptet, daß sein Gutskomplex nach den vorhandenen Steinen oder in anderer Weise, z. B. nach einer Grenzbeschreibung von dem Markungskomplex A. als geschlossenes Gut abgeschieden sey; A. bestreitet dieß, indem er behauptet, daß die Steine ꝛc. bloß eine Eigenthumsbegrenzung gegenüber von einzelnen Grundeigenthümern von A., oder bloße Zehnt-, Waide ꝛc. Marken bilden ꝛc.; das Markungsrecht im eigentlichen Sinn ist hiebei nicht Gegenstand der Erörterung, es kann ganz außer Streit liegen, daß N. im öffentlich rechtlichen und in besondern privatrechtlichen Beziehungen zur Markung A. oder zu einer andern gehört. Nur darum handelt es sich, ob N. gegenüber von

A. als ganzer geschlossener Komplex abgegrenzt sey. Der Fall ist dem ähnlich, wo der Eigenthümer eines Grundstücks von seinem Nachbar verlangt, daß dieser eine gewisse, durch Steine oder in anderer Weise bezeichnete Grenze anerkenne. Es ist also in dem hievor bezeichneten Fall die Analogie der act. fin. regund. gegeben. N. verlangt, daß eine von A. bestrittene oder wenigstens ungewisse Grenze zwischen den beiden Eigenthumskomplexen hergestellt oder festgestellt werde. Eine solche Klage kann auf verschiedene Weise formulirt werden: daß A. den Gutskomplex des Klägers N. als eigene Gutsmarkung anerkenne — daß derselbe die Begrenzung des Gutskomplexes N., wie solche durch Versteinung, oder sonst durch Beschreibung in einer Urkunde, oder einem Riß, oder in dem Klagevorbringen ꝛc. bezeichnet sey, als die richtige anerkenne; zu erkennen: daß der Gutskomplex des Klägers, wie er versteint ꝛc. sey, eine eigene Gutsmarkung bilde — daß die Grenzen des Gutskomplexes des Klägers gegenüber von dem Gutskomplex des Bekl. nach der Versteinung oder einer sonstigen Beschreibung wieder herzustellen oder festzustellen seyen.

---

2) Sind bedingte Kaufverträge nach württemb. Rechte reubar? Ein Versuch zu Auslegung der Landrechtsstelle Thl. II. Tit. 9, §. 19.

(Von Herrn Oberjustizassessor Probst.)

— quod quidem perquam durum est,
sed ita lex scripta est. Ulpianus.

Gemeinrechtlich ist es nicht zweifelhaft und auch zu keiner Zeit ernstlich in Zweifel gezogen worden, daß von bedingt abgeschlossenen Verträgen während schwebender Bedingung einseitig von keiner Partei zurückgetreten werden darf. Zwar hindert die suspensive Bedingung die Entstehung einer Vertragsobligation, so daß der Vertrag imper-

fekt ist ratione actionis et obligationis, und Lauterbach [1] bezeichnet es als sehr verführerisch, aus dieser Prämisse den Schluß eines Reurechtes abzuleiten; es existirt auch kein Gesetz, welches mit ausdrücklichen Worten das Reurecht ausschließt. Aber betrachtet man nur die Absicht der Kontrahenten, so sieht man sogleich, daß dieselben die unter einer Bedingung zugesagte Leistung keineswegs von der Willkühr des Promittenten, sondern ausschließlich von dem Eintritt der bedingenden Thatsache abhängig machen wollten, und dem entsprechend zeigt eine Anzahl von Gesetzesstellen, wie in dem bedingten Vertrage der fruchtbare Keim einer Obligation schon während schwebender Bedingung (nicht unähnlich wie in dem nasciturus das künftige Rechtssubjekt) geachtet und in gewissem Sinne geschützt wird. So wird gesagt, auch ein bedingt Berechtigter verdiene den Namen Gläubiger (L. 32 D. de Obl. et Act.); der Promissar habe eine Hoffnung künftigen Rechts, welche auf die Erben übergehe und veräußerlich sey (§. 4 J. V. O., L. 17, 19. D. heri vend. 18. 4); es trägt dieser schon pendente conditione das periculum deteriorationis (L. 8 pr. per. et commod. 18. 6), und kann bei Gefährdung künftiger Realisirbarkeit des Rechtes Sicherheit verlangen (L. 41 D. d. jud. 5. 1, L. 6 pr. D. 42. 4). Eine Rechtsvorschrift hat sodann speziell den Ausschluß des Reurechtes zur nothwendigen Voraussetzung, nämlich diejenige, daß da, wo der Promittent den Eintritt der Bedingung hindert, nicht etwa die spes obligationis für vernichtet, sondern im Gegentheil die Bedingung für erfüllt gilt (L. 161 R. J.).

Eine Abweichung von dieser Lehre des gemeinen Rechtes scheint die in der Ueberschrift genannte Stelle des Landrechtes im Titel vom Kaufen und Verkaufen zu enthalten, welche die Rubrik trägt:

Ob und wann die Kontrahenten von diesem Kontrakt abweichen mögen, und also lautet:

---

[1] Disput. de arrha thes. 119.

§. 19. Obwol keiner von getroffenem Kontrakt ohne sondere Ursachen abtretten soll, jedoch, wann der Kauff mit gewisser Maß, Condition oder Geding getroffen: Oder so Anfangs insonderheit abgeredt worden, daß die Kauffs-Vergleichung in Schrifften beschehen, und verbündlich aufgerichtet werden solle, so mag jeder Theil, ehe und zuvor solche Condition und Geding vollnzogen, oder die Schrifft aufgericht, besiegelt und allerdings gefertigt, wohl wiederum darvon abstehen: Ob schon zu Anfang nicht austruckentlich bedingt, daß sonsten der Kauff nicht gelten solle.

§. 20. Doch wo ein Arrha, oder Haft-Pfenning auf den Kauff gegeben, oder Weinkauff getruncken worden, soll der Käuffer, so er abtretten will, den Haft-Pfenning verlohren haben, wie auch den gantzen Weinkauff allein bezahlen. So aber der Verkäuffer begehrte vom Kauff abzustehen, soll er dem Käuffer, neben Bezahlung des Weinkauffs, den Haft-Pfenning doppelt wieder hinauszugeben und zu erstatten schuldig seyn, und von Unsern Amptleuten darzu angehalten werden. Wa aber beede sich nicht allein des Kauff-Schillings halben mit einander vereinigt, sondern auch das erkaufte Gut dem Käuffer überantwortet, und zu Handen gestellt, soll der Kauff für kräfftig und beständig gehalten werden, also daß kein Theil mehr davon abtretten kan, es habe gleich der Verkäuffer das Geld schon darum empfangen oder nicht.

Nach Durchlesung dieser Stelle kann es wohl Niemanden befremden, daß die gesammte ältere Literatur des württ. Rechtes darin die Abweichung vom gemeinen Rechte vorfand, daß während schwebender Bedingung ein Reurecht der Parteien Statt finde.[2] Besold, der in seinen disp. ad jus

---

[2] Wächter württ. P.-R. II. S. 780 sagt zwar, Plebst, novantiq. disp. II. Nr. 117 scheine anderer Ansicht zu seyn.

provinc. Württ. II. §. 45 die Stelle zuerst näher in's Auge faßt, zieht dieselbe in Vergleichung mit den im gemeinen Recht geltenden, namentlich von Paul de Castro und Hartmann Pistoris entwickelten Grundsätze von der Perfektion der Verträge, und findet, daß was in der Stelle über Bedingungen enthalten sey, von der Lehre des gemeinen Rechtes abweiche. Lauterbach (diss. d. arrha §. 119 ff. und diff. jur. comm. et Württ. II. th. 17) hebt die Abweichung besonders scharf hervor, und legt sich dieselbe damit zu Recht, daß eine Rücksicht formeller Konsequenz, gezogen aus dem Mangel einer obligatio und actio während schwebender Bedingung, für die Auffassung des Landrechtes spreche, wie denn dasselbe, um Verletzungen vorzubeugen, auch sonst ein Reurecht zulasse, z. B. bei Liegenschaftskäufen vor der Insinuation. Diesen folgte Harpprecht (cons. Tub. c. 15 N. 20), Hochstetter (annot. II. §. 42 und Einleitung in das L.=R. II., 9 qu. 16), Fromman (diss. d. convent. in scriptis §. 42 i. f.) und Schöpf (diss. d. retract. territ. comm. §. 12). Auch Griesinger (Comm. II. S. 570) hält die Abweichung für ausgemacht, ebenso Weishaar (§. 1080 der 3. Aufl.), Reinhardt (L.=R. I. S. 197), mit ihnen Mayer (Comm. z. Pfdges. II. S. 51 ff.) und Bolley (Pfdges. I. S. 348 und II. S. 994). Für

---

Allein dieser Schriftsteller berührt die Frage von dem bedingten Kaufsvertrage gar nicht, er redet nur von verabredeter Schriftlichkeit und knüpft daran die Bemerkung, daß nach Grundsätzen über die Perfektion des Vertrages, wie sie von Hartmann Pistoris entwickelt seyen, sowie nach unsrer L.=R. stelle deutlich erhelle, daß, si contrahentes cum consensu et voluntate et auctoritate magistratus contrahere voluerint, prius contractum perfectum non esse, antequam illa subsecuta fuerint, interimque contractum imperfectum esse. Man kann diese Ansicht, sey es als eine Analogie der Vorschrift über verabredete Schriftlichkeit oder aus allgemeinen Grundsätzen unterschreiben, welcher Ansicht man auch über die mit Maß, Kondition oder Geding getroffenen Käufe sey. Einen Zusammenhang mit diesem Theil der Stelle gibt Plebst seinen Worten nicht.

eine mit dieser Auffassung harmonirende Gerichtspraxis hat Hufnagel (in Schneiders krit. Jahrb. f. R.=W. 1848 S. 547) Zeugniß abgelegt, und auch das Obertribunal hat in einer Entscheidung vom 4. Sept. 1850 (Sarwey M.=Schr. Bd. 17 S. 228—230) sich an diese Auslegung gehalten.

Nur darüber herrscht unter diesen Schriftstellern Dissens, ob die Stelle auf bedingte Kaufverträge zu beschränken, oder ob sie auf alle bedingt geschlossene Verträge auszudehnen sey. Lauterbach hält eine Beziehung auf dem Kauf ähnliche Verträge für unverfänglich, Griesinger sagt ohne Weiteres, nach Analogie unserer Stelle müsse man annehmen, daß von jedem bedingten Kontrakt abgegangen werden könne, und Diesem folgt Mayer.[3] Dagegen gestatten Weishaar, Reinhardt und Bolley keine Ausdehnung; auch das Obertribunal hat sich in einer ungedruckten Entscheidung vom 21. Febr. 1838 in diesem Sinne ausgesprochen. Daß die letztere Ansicht die richtige ist, davon später.[4]

II.

Der Pfad der communis opinio über die Reubarkeit bedingter Kaufverträge ist von den zwei neuesten Bearbeitern des württemb. Priv.=Rechts verlassen worden: von Reyscher in W.P.=R. II. §. 422 und Wächter W.P.=R. II. §. 94 S. 697—699. Beide suchen das L.=R. mit dem gemeinen Rechte zu vereinigen. Die hohe Auktorität und umsichtige wissenschaftliche Begründung Wächter's steht im Begriffe, sich auch in die Gerichtspraxis Eingang zu verschaffen; daher es nicht außer der Zeit seyn wird, die Streitfrage mit vornehmlicher Rücksicht auf die bis jetzt einer öffentlichen

---

[3] Wenn Wächter in s. Hdb. II. S. 772 Nr. 12 gleichfalls eine Beziehung der Stelle auf die Fälle außerhalb des Kaufes vertheidigt, so hängt dieß mit seiner besonderen Auslegung zusammen, wonach er in ihr überhaupt keine Singularität ausgesprochen findet.

[4] Unter Nro. VI. Ziff. 1.

Erörterung nicht unterzogenen Gründe Wächters[5] einer eingehenderen Prüfung zu unterwerfen.

Hören wir die vorgebrachte Begründung. Reyscher sagt: „Die Stelle dürfe nicht so verstanden werden, daß von jedem bedingten Kauf einseitig wieder abgegangen werden könne, denn einmal wäre dieß im Widerspruch mit allgemeinen Grundsätzen, dann aber besage das L.-R. an einzelnen Stellen (nämlich II. 9 §. 2 in Verbindung mit II. 11 §. 1 und 2; ibid. §. 4 in Verbindung mit §. 6; II. 10 §. 1 und 2) ausdrücklich das Gegentheil. Es habe daher die Stelle wohl nur solche Fälle im Auge, wo die Betheiligten oder Einer derselben die Einwilligung selbst noch von einer Bedingung abhängig gemacht habe."

Die Ausführung Wächters ist die:

„Der abnorme Grundsatz eines Reurechts bei bedingten Kaufverträgen, durch welchen der Verkehr auf eine unerträgliche und ganz unmotivirte Weise beschränkt würde, werde in der That in der Landrechtsstelle nicht ausgesprochen; vielmehr lasse sie sich nur dahin auslegen: von einem einmal abgeschlossenen Vertrage könne man nicht mehr abgehen, außer es wäre die Unwiderruflichkeit erst von der Vollziehung gewisser Verabredungen abhängig gemacht, oder schriftliche Abfassung festgesetzt worden, in welchem Falle jede Partei vor Vollziehung des Verabredeten den Vertrag widerrufen könne. Die Nothwendigkeit dieser Auslegung ergebe sich aus Folgendem: Im L.-R. bezeichnen die Ausdrücke Maß, Geding und Kondition jede verabredete Modalität; nach wörtlicher Auslegung müßte daher die Stelle sagen: wenn dem Kauf irgend eine Modalität, irgend ein Nebenvertrag, ein Modus oder eine Bedingung beigefügt wurde, so bleibe er bis zu vollständiger Vollziehung dieser Verabredung widerruflich. Daß aber dieß nicht der Sinn der Stelle sey, werde Jedermann zugeben. Mit welchem Rechte man nun aber

[5] Auch die Obertribunalentscheidung v. J. 1850 hatte sich nur erst die Gründe Reyscher's gegenüber.

einen Theil jener Stelle herausgreifen könne, d. h. bloß die Kondition, und Maß und Geding ganz ignoriren und daraus bei verabredeten Bedingungen ein Reurecht herleiten? Man könne dieß um so weniger, als die Stelle von „Vollziehung" des Gedings spreche, ein Ausdruck, den das L.-R. vom Eintritt einer Bedingung nie gebrauche (z. vergl. L.-R. III, 24 §. 7.) Einen natürlichen Sinn könne die Stelle nur bekommen, wenn man Maß, Kondition und Geding lediglich auf die unmittelbar vorher erwähnte Unwiderruflichkeit beziehe, so daß sie sage: der Vertrag sey unwiderruflich, außer es wäre die Unwiderruflichkeit erst noch von der vorgängigen Vollziehung einer gewissen Maß, Kondition oder Geding abhängig gemacht, insbesondere die Errichtung einer Scriptur verabredet worden. Das Ausgeführte werde auch durch Haug's Relation bestätigt; dieser berufe sich zu §. 19 u. 20 auf römische Quellenstellen und von einem Gedanken an eine Abweichung vom gemeinen Rechte sey in seiner Relation keine Spur. Ebensowenig sey aber anzunehmen, daß er es irrig aufgefaßt habe, da seine Autoritäten, wie P. Castrensis, Mozzius rc. bei bedingtem Kaufe nirgends ein willkührliches Reurecht annehmen."

Die fernere Ausführung wird sich hauptsächlich nur mit der zweiten dieser Auslegungen zu befassen haben. Denn was die Ansicht Reyscher's betrifft, so ist diese in ihrem positiven Theile von der Beschaffenheit, daß die Entgegnung sich kurz fassen kann. Soll nämlich die Stelle von Kaufverträgen verstanden werden, wo die Betheiligten die Einwilligung selbst noch von einer Bedingung abhängig gemacht haben, so trifft das in der That wieder mit der gemeinen Meinung zusammen. Denn bei jedem bedingten Konsensualvertrage ist es gerade die Einwilligung, welche von dem Eintritte der Bedingung abhängig gemacht ist, indem das Wesen desselben darin besteht, daß der Promittent nur für den Fall *einwilligt*, wenn der bestimmte Umstand eintritt.[6] Man

[6] Es kann zwar auch nur eine Nebenleistung oder Ort und

sieht also nicht, was Reyscher will. Darf Vermuthung für Gewißheit dienen, so ist sein latent gebliebener Gedanke der, daß die Stelle nur von einem beredeten Vertragsentwurfe, von Punktationen handle. Allein alsdann wäre die Auslegung noch nicht viel glücklicher; denn nicht nur würden unter geringen Modifikationen sämmtliche später gegen die Ansicht Wächter's anzuführenden Gründe auch hieher zu beziehen seyn, sondern auch schon der Wortlaut der Stelle würde sich in all' ihren Theilen dagegen empören. Dieß richtig zu finden, genügt ein Blick auf die Ueberschrift („von diesem Kontrakt — abweichen"), auf §. 19 („wenn der Kauf mit gewisser Maß ꝛc. getroffen — — so mag — wohl wiederum darvon abstehen"), auf die Bestimmung des §. 20 wegen der Arrha (z. vergl. hiemit II, 13, §. 5), und wegen der Ausnahme im Fall der Tradition.

Die Auslegung Wächter's liegt sowohl der gemeinen Meinung, als dem Wortausdruck des L.-R. sichtlich weit näher. Auch nach ihm redet die Stelle von einem zum Abschluß gekommenen Kaufvertrag (negotium celebratum), der wegen eines vorhandenen Reurechtes noch nicht perfekt geworden ist. Während nun aber die gemeine Meinung dieses Reurecht als eine gesetzliche Regel ausgesprochen findet, entfernt Wächter alle Besonderheit der Stelle dadurch, daß er das Reurecht einer unterstellten lex contractus in Rechnung schreibt.

Die fernere Darstellung wird mit dem offensiven Gesichtspunkte beginnen, nämlich zuerst denjenigen Satz, welchen die Stelle der neuen Ansicht zufolge enthalten soll, nach seinem inneren Werthe, seiner Beziehung zu dem Wortlaute der Stelle und zu anderen Bestimmungen des L.-R. einer Prüfung unterstellen; um hernach zu denjenigen Gründen

---

Zeit der Hauptleistung bedingt seyn, so daß nicht der Konsens in das Geschäft im Ganzen dadurch suspendirt ist; aber er ist es dann doch bezüglich des bedingten Nebenumstandes, und es ist hier also von keinem qualitativen Unterschiede, sondern nur von einem Unterschied im Grade die Rede.

überzugehen, welche gegen die bisherige Auslegung zur Geltung gebracht worden sind. Es möge sich hiebei der unbefangene Leser sein Urtheil gründen, ob nicht das Bestreben, dem L.-R. eine widerwärtige Anomalie zu ersparen, gegenüber den technischen Gründen, an der neuen Auslegung einen allzu großen Antheil habe.

III.

Vom Standpunkte der neuen Auslegung hätte die Landrechtsstelle keine andere Absicht, als den Satz einzuschärfen, daß die Autonomie der Kontrahenten bei dem Kaufvertrage so weit gehe, daß dieselben auch ein vertragsmäßiges Reurecht stipuliren können; mit besonderer Betonung des Umstandes, daß es genau bis zu demjenigen Zeitpunkte fortdauere, bis zu welchem es vorbehalten worden sey. Soll die Aufnahme einer solchen Trivialität glaubhaft erscheinen, so müßte man schon den geringen legislatorischen Takt der Revidenten des dritten Landrechts, welchen wir unsere Stelle zu danken haben, zu Hilfe ziehen, obwohl diese Zuflucht eine sehr unsichere wird, wenn man bedenkt, daß schon in §. 1 des Titels zu Wahrung der Autonomie der Kontrahenten alles Nöthige gesagt ist, daß die eigene Rubrik, welche unsere Stelle trägt, davon zeugt, daß ihr ein selbstständiger Werth beigelegt wurde, und daß es nicht wohl erklärlich ist, warum alsdann das L.-R. von der Giltigkeit eines Reurechtsvorbehaltes nicht allgemein, sondern speziell nur von der Giltigkeit eines „bis zu Vollziehung eines Gedings" ausbedungenen Reurechts redet. Geradezu unmöglich wird aber dieses Auskunftsmittel, wenn man jenen angeblichen Sinn zusammenstellt mit dem nicht bloß inkongruenten, sondern geradezu widersprechenden Wortausdruck und Zusammenhang der Stelle selbst. Betrachten wir dieses im Einzelnen.

1) Nach Wächter soll die Stelle so verstanden werden: Verträge seyen unwiderruflich, außer es wäre die *Unwiderruflichkeit von Vollziehung einer gewissen Nebenabrede abhängig gemacht* worden. Damit ist der Wortsinn der

Stelle nicht erläutert, sondern durch eine Versetzung ihrer Theile förmlich abgeändert. Die Stelle, wie jede Rechtsvorschrift, hat zwei wesentliche Bestandtheile: die Definition des Falles, welcher normirt werden soll, und die rechtliche Wirkung, welche an diesen Fall geknüpft wird. Unser Paragraph enthält als ersten Theil, als die faktische Prämisse: daß ein Kauf mit gewisser Maß rc. getroffen wird; als Wirkung: das Reurecht. Wächter kehrt dieses Verhältniß geradezu um, indem er, was die Stelle als rechtliche Wirkung anführt, nämlich das Reurecht, zur species facti erhebt, wie wenn dieselbe sagen würde: (erster Theil) wenn bei einem Kauf ein Reurecht vorbehalten worden ist, (zweiter Theil) so soll dieses Reurecht Geltung haben. Es dürfte einleuchten, daß hiemit der spezifische Wortsinn zerstört, und ein fremder an die Stelle gesetzt ist. Bei Auslegung von Kaiserreskripten ist allerdings, obwohl kaum mit besserem Glück, eine ähnliche Methode schon versucht worden, nämlich Rechtssätze, welche nicht konvenirten, der eigenthümlichen Konstellation des dem Reskript zu Grund liegenden Falles aufzubürden; aber eine Anwendung auf allgemein gehaltene Gesetzesaussprüche, wie die Vorschriften unseres L.=R. sind, hat gewiß keinen Vertheidiger. Vorliegendenfalls ist sogar die Art des statuirten Reurechts einigermaßen spezifizirt, indem die Stelle anführt, daß beide Theile zurücktreten können, und den Endigungspunkt des Reurechts näher beschreibt; unmöglich könnte sich aber das L.=R. mit einer solchen Spezifikation der Wirkungen befassen, wenn diese lediglich dem darauf gerichteten Inhalte eines eben diesem Inhalte nach unbekannt gelassenen Vertrags ihre Entstehung verdanken sollten.

2) Ein ganz entscheidender, und doch so nahe er liegt, von den Vertretern der neuen Auslegung gar nicht berührter Gegengrund liegt in den Schlußworten des §. 19: „Obschon zu Anfang nicht austruckentlich bedingt, daß sonsten der Kauf nicht gelten solle.“ Der Sinn dieses Beisatzes kann kein anderer seyn, als der: Das eben statuirte Reurecht soll auch dann gelten, wenn die Parteien bei Eingehung des auf Kon=

dition 2c. oder Schriftlichkeit gestellten Kaufs nicht besonders verabredet haben, daß vor dem Vollzug der Kondition 2c. oder Schriftlichkeit ein solches Rücktrittsrecht Statt finden solle. Das L.=R. will also das angeordnete Reurecht nicht auf eine (sey es durch Worte oder konkludente Fakta) ausgedrückte, sondern auf eine gesetzlich vermuthete Absicht der Kontrahenten zurückgeführt, mithin als die bis zu einer erweislichen entgegengesetzten Abrede giltige gesetzliche Regel betrachtet wissen. Darin liegt denn eine Protestation des Gesetzes selbst gerade gegen eine Auslegung, wie die neu aufgetauchte, welche den Grund des eingeführten Reurechts lediglich in einer Verabredung der Parteien finden möchte.

3) Rücksichtlich der rechtlichen Beschaffenheit und Folgen wird in §. 19 der mit Kondition 2c. getroffene Kauf demjenigen vollkommen gleichgestellt, wo Anfangs abgeredet worden, daß die Kaufsvergleichung in Schriften geschehen soll. Es darf also füglich von dem letzten Falle ein Schluß auf das Verhältniß des ersten in Hinsicht der Frage gezogen werden, ob das erwähnte Rücktrittsrecht ein vertragsmäßiges oder ein gesetzlich vermuthetes sey. Nun hat, was die verabredete Schriftlichkeit betrifft, die Landrechtsstelle ihren Ursprung im gemeinen Rechte, also neben dem Wortlaut der Stelle selbst eine besondere Auslegungsquelle. Das gemeine Recht aber setzt in L. 17. C. d. fide instrum. 4. 21. u. pr. J. 3. 23 bei verabredeter Schriftlichkeit bis zu Aufsetzung und Unterfertigung der Schrift ganz entschieden ein allgemeines gesetzliches Rücktrittsrecht fest, welches nur durch den bestimmten Nachweis eines gegentheiligen Willens der Kontrahenten ausgeschlossen wird. Wächter selbst anerkennt an einem andern Orte (Handb. S. 771. 772 Note 11), daß bei beredeter Schriftlichkeit das Rücktrittsrecht die Bedeutung einer Rechtsvermuthung hat, und eine Ansicht, als ob hier dieses Rücktrittsrecht in dem konkretenfalls erweislichen und nicht vielmehr in dem gesetzlich unterstellten Willen der Betheiligten seinen Grund habe, ist auch der für die Redaktoren des dritten Landrechts maßgebenden Literatur des

15. und 16. Jahrhunderts, soweit solche dem Einsender zugänglich war, völlig fremd. [7]

4) Nicht weniger kommt die Wächter'sche Auslegung andererseits in eine Mißstimmung mit dem letzten Satze des §. 20. Dort wird das in §. 19 eingeführte Reurecht auch vor Vollzug der Kondition ꝛc. oder Schriftlichkeit alsdann für aufgehoben erklärt, wenn der Kaufsgegenstand tradirt worden ist. [8] Bei der gemeinen Erklärung der Stelle ist diese Bestimmung ganz rationell. Wenn einmal für die Zulassung des Reurechtes nicht die darauf gerichtete Absicht der Kontrahenten, sondern im rechtspolitischen Interesse die äußere Beschaffenheit des Vertrages zur Richtschnur genommen war, so hatte der Gesetzgeber auch die Sorge dafür zu übernehmen, daß durch eine richtige Umschreibung jener äußeren Merkmale des Falles schroffen

---

[7] Allerdings erregt der Eingang der Glosse zu der L. 17 cit. den Schein, als wolle hier diese Stelle nur von dem Falle verstanden werden, wo die Kontrahenten neben Festsetzung der Schriftlichkeit zugleich auch ausgemacht haben, daß vor Fertigung der Schrift der Vertrag nicht gelten solle. Obwohl nun die nachfolgende gl: „in scriptis" einer solchen Auffassung wiederum entgegentritt, so haben doch spätere Schriftsteller von jener ersten Aufstellung der Glosse Veranlassung genommen, dagegen, als ob das Rücktrittsrecht der Stelle eine hierauf besonders gerichtete Parteiabrede voraussetze, zu polemisiren. Und hierunter gehören gerade die Landrechtsauktoritäten Paul de Castro im Codex commentare ad h. leg, Schneidewin comment. in Instit. ad L. III. tit. 24 Nro. 4, auch Mozzius tract. d. contract. im Kapitel de divis. emtionis et vend. Nro. 3. Klammer hielt sich einfach an den Ausdruck des Gesetzes. — Wenn Reyscher für das Gegentheil auf den Ausdruck „verbindlich aufgerichtet" Gewicht legt, so können diese Worte auf einen ausdrücklich beredeten Aufschub der Perfektion schon darum keinenfalls bezogen werden, weil sonst die Schlußworte des §. 19: „Obschon zu Anfang u. s. w." keinen Sinn hätten. Vergl. auch die ob. angef. Otrib.-Entscheidung bei Sarwey Bd. 17.

[8] Zu vergl. Griesinger Komment. II., S. 574, Wächter selbst Hdb. II., S. 772 Note 12.

Konsequenzen vorgebeugt werde, welche aus einer solchen Durchschnittsmaßregel erwachsen könnten. So ist denn auch in anderen Fällen das gesetzliche Reurecht, und zwar bei Liegenschaftsveräußerungen durch die Schranke eines vierzehntägigen Zeitumlaufes oder der gerichtlichen Insinuation, bei den Innominatkontrakten durch die Vertragsvollziehung äußerlich temperirt worden. Und gerade die in unserem Falle gesetzte Schranke verdient ohne Zweifel das Lob der Zweckmäßigkeit: subjektiv betrachtet, wird durch die Tradition und Annahme dokumentirt, daß die Haltung des Vertrags für die Kontrahenten überlegter Ernst ist, objektiv aber ist re adhuc integra die Ausübung des Rücktrittsrechtes mit weit weniger Verwicklungen verbunden, als nach der Tradition. [9]

Nicht ebenso verhält es sich mit dieser Einschränkung bei der Auslegung Wächters. Sie verletzt hier auf eine höchst willkührliche Weise ebenso sehr den Grundsatz der Autonomie der Kontrahenten als allgemeine Rechtsbestimmungen. Man entwickle nur die Natur des nach Wächter dem §. 19 zu Grund gelegten Kaufsabschlusses.

Haben nämlich die Kontrahenten ein Widerrufsrecht ausdrücklich bis zu Vollziehung einer bestimmten Nebenabrede vorbehalten, so ist schwer ein Grund zu entdecken, warum die vollkommene Giltigkeit dieses Vorbehalts irgend welcher gesetzlichen Einschränkung unterworfen seyn soll. Am allerwenigsten einer Einschränkung, welche an die Thatsache der Tradition geknüpft wird. Denn jener Vorbehalt hat nicht etwa die Bedeutung: si placebit — das würde im Gegensatz zu Wächter eher der Reyscher'schen

---

[9] Daß gerade diese letztere Rücksicht für das L.-R. mit bestimmend war, möchte man aus dem auffallenden und bemerkenswerthen Parallelgange vermuthen, den unsere Stelle mit dem Kodextitel 4, 45. „quando liceat ab emtione discedere" nach Text und Ueberschrift einhält, obgleich allerdings der Stoff selbst — der Kodextitel handelt von Aufhebung der Kaufverträge mutuo dissensu — ein verschiedener ist.

Auffassung entsprechen —, sondern si non poenitebit, d. h. diejenige eines pactum displicentiae, welchem die rechtliche Natur einer Resolutivbedingung des Geschäftes zukommt.[10] Während nun aber die einem Geschäfte gesetzte Resolutivbedingung schwebt, soll gerade, und zwar ohne Präjudiz für den Eintritt oder Nichteintritt dieser Bedingung, die Erfüllung vor sich gehen, sowohl nach dem Standpunkte der vermuthlichen Absicht der Betheiligten, als nach demjenigen der Gesetze. Die Gesetze nämlich geben, so lange nicht von einem als Resolutivbedingung gesetzten Neurechte Gebrauch gemacht ist, jedem Kontrahenten ein Klagerecht auf Erfüllung; und ist erfüllt, so steht es immer noch frei, von dem Neurechte Gebrauch zu machen, welchenfalls alsdann das Recht auf Rückerstattung durch eine redhibitorische Klage geschützt ist.[11] Und auch die Absicht der Betheiligten wird auf einstweilige Erfüllung gerichtet seyn, so gewiß sie nicht die Suspension, sondern nur die Widerruflichkeit des Geschäftes beredet haben. Vielleicht ist das Neurecht eben darum ausbedungen worden, um nach der erst durch die Besitzübertragung erreichbaren genauen Orientirung noch freie Hand zu haben, oder es ist die Vollziehung jener Nebenberedung, welche den Parteien zu dem Neurechtsvorbehalte Anlaß gab, gar nicht möglich, als nach geschehener Tradition. Gewiß hätte es also keinen denkbaren Sinn, die Erfüllung des Vertrages einem Verzichte auf die Wirksamkeit des gesetzten Widerrufsrechtes gleichzustellen. Und doch sollte Dieses das L.-R. gethan haben, dasselbe L.-R., welches einerseits den Grund-

---

[10] Z. vergl. L. 3 D. contrah. emt. 18 1 und L. 2 §. 5. D. pro emtor. 41 4. Ein Anderes wäre es nur, wenn der Zielpunkt des Vorbehaltes gerade der Eintritt einer dem Geschäft gesetzten Suspensivbedingung wäre, was aber nach Wächter, der unter Maß, Kondition und Geding schlechthin jede, also auch eine solche Abrede versteht, von welcher die Existenz des Hauptgeschäftes nicht abhängig ist, wenigstens regelmäßig nicht anzunehmen ist.

[11] L. 4 C. d. aedil. act. 4 58.

satz der Autonomie an die Spitze des Titels vom Kaufe stellt, andererseits aber gleich hernach in §. 2, Tit. 11 des 2. Buches selber den Satz einschärft, daß pendente conditione resolutiva der Verkäufer nicht bloß ohne Präjudiz für sein späteres Rücktrittsrecht erfüllen darf, sondern auch erfüllen soll?

IV.

Uebergehend zur Vertheidigung der seitherigen Auslegung gegen die Angriffe der beiden Dissentienten, so ist zuzugeben, daß die Reubarkeit aller bedingt geschlossenen Kaufverträge in Hinsicht auf die Bedürfnisse eines schwunghaften Verkehrs keine glückliche zu nennen ist. Doch verliert dieser Vorwurf seine meiste Kraft, wenn man die Gesetzesbestimmung nicht mit den heutigen Anforderungen des Verkehrslebens an den Gesetzgeber, sondern — wie der Gesetzesausleger thun muß — mit den Zeitverhältnissen und den legislativen Anschaunngen des L.-R. selbst zusammenstellt. Es läßt sich alsdann nicht verkennen, daß diese Vorschrift, gemildert wie sie ist, durch den Schlußsatz des §. 20 und die Befugniß der Parteien, sich autonomisch von dieser Schranke zu befreien,[12] den verschiedenen anderen Vorschriften sich nicht unebenbürtig anreihe, womit das L.-R., unbekannt mit einem regen kaufmännischen Verkehr und dessen Bedürfnissen, veranlaßt war, die Rücksicht der allgemeinen Verläßlichkeit der Geschäfte der Rücksicht auf den billigen und wohlerwogenen Inhalt derselben unterzuordnen. Man nehme nur das Erforderniß der Insinuation der Liegenschaftsverträge mit dem vierzehntägigen Reurecht, das Reurecht bei den Innominatkontrakten (II. tit. 20, §. 2), die Beschränkung derjenigen, welche venia aetatis erlangt haben (II. tit. 27), die Erweiterung des Rechtsmittels der enormen Läsion u. s. w.

Erheblicher könnten die weiteren Einwürfe erscheinen und zwar

[12] Siehe nachher Ziff. VI. Nro. 4.

1) derjenige, auf welchen Wächter das Hauptgewicht legt, daß nämlich die Stelle, welche ja nicht von Kondition allein, sondern auch von Maß und Geding spreche, vom Standpunkte der gemeinen Meinung selbst zu viel, also Nichts beweise. Er geht dabei davon aus, daß der Ausdruck Maß gleichbedeutend sey mit dem römischen modus, und Geding mit Nebenverabredung, mithin mit allen drei Ausdrücken zusammen überhaupt eine jede dem Kauf beigefügte Modalität bezeichnet werde.

Gegen diesen Einwand dürfte jedoch schon der Umstand einigermaßen bedenklich machen, daß diejenigen Schriftsteller, welche dem Sprachgebrauche des L.=R. und seiner Zeit weit näher stehen als wir, wie der Zeitgenosse desselben Besold und der um wenig spätere Lauterbach in der Stelle nur eine Verordnung für bedingte Verträge ausgesprochen finden, und daß auch der erprobte Kenner der landrechtlichen Sprache, Griesinger, ohne das geringste Bedenken erklärt, „die Worte Maß, Kondition oder Geding seyen blos pleonastische Ausdrücke, womit das lateinische Wort conditio bezeichnet werde." Nun kann, zunächst im Allgemeinen betrachtet, die Annahme eines Pleonasmus auch für den oberflächlichen Kenner des L.=R. nichts befremdendes haben, da fast jede Seite desselben von der Uebung Zeugniß gibt, gleichbedeutende Ausdrücke mit dem Verbindungsworte „und" „oder" (letzteres hier gleich sive) zu häufen. Meistens hat dieser Gebrauch seinen guten Grund darin, daß es sich um Erläuterung eines technischen lateinischen Ausdrucks handelt: Arrha oder Haftpfenning", „tradirt oder einraumt" „hypothecirt oder verpfändt", „tacite oder stillschweigend," „Dilation und Fristung", „confiscirt und eingezogen", „Aestimation oder Würdigung", „Alluvion oder Zufluß des Wassers", „Eviktion oder Wehrschaftsleistung"; nicht selten finden sich aber auch Häufungen und selbst mehrfache Häufungen deutscher oder germanisirter Ausdrücke, welche lediglich den Zweck haben, dem Einen Gesammtbegriffe, der damit ausgedrückt werden will, und von welchem jedes einzelne Wort ein

mehr oder weniger getreuer Repräsentant ist, allseitige Verdeutlichung zu geben: „Gefahr oder Betrug", „Ort und Platz", „kräftig und beständig", „so der Kauf getroffen und beschlossen", „Zuspruch und Forderung", „Nachtheil und Schaden", „Zwang und Nöthigung", „da aber des Gewinns und Verlusts halben gewisse Pakten, Geding und Vergleichung gemacht" (II., 6 §. 7), „erlittene Verlust, Kosten und Schaden" (ibid. §. 3), „Pakten, Gemächt oder Verordnungen" (IV., 1. §. 4) „Gefahr, Betrug oder Hinterführung" (I. 48 §. ult.). Eine Prüfung der Wortbedeutung der einzelnen Ausdrücke und ihres Verhältnisses zu einander dürfte denn auch die Griesinger'sche Deutung vollkommen rechtfertigen.

Den technischen Mittelpunkt der drei Ausdrücke bildet das Wort Kondition. Während „Maß und Geding" eine feste technische Bedeutung im L.=R. nicht haben, ist dieses bei dem Worte Kondition allerdings der Fall, wie z. B. folgende Belegstellen zeigen: II. 11 §. 1. 4. II. 19, §. 1; III. 13, §. 3. 7. 13; III. 17. §. 2, III. 24. §. 7. [13] Betrachtet man daneben den Ausdruck „Geding", so kommt dieser im L.=R. in zweifacher Bedeutung vor: in der allgemeineren bedeutet er eine jede Verabredung, in der engeren ist er gleichbedeutend mit Kondition. Das Wort „Bedingung" nämlich, womit wir nun den Begriff der Kondition verdeutschen, ist in diesem Sinne eine moderne Bezeichnung; das L.=R. kennt dieses Wort nicht anders als in dem allgemeinen Sinne von Verabredung (z. B. II. 16 §. 11; II. 7 §. 14) z. vergl. Wächter S. 690, Note 6. Dagegen wo dasselbe das Fremdwort Kondition durch einen gleichbedeutenden deutschen Ausdruck verdeutlichen will,

---

[13] Nur in den seltensten Fällen kommt in den röm. Rechtsquellen der Ausdruck conditio in einer untechnischen weiteren Bedeutung vor, welche man auch auf die Stelle des L.=R. III. 13, §. 1 anzuwenden versucht seyn könnte; ohne förmliche Nöthigung wird aber der Interpret überall bei der technischen Bedeutung stehen bleiben müssen.

wird dieß immer durch das Wort „Geding" bewerkstelligt: „es ruhet solcher Kontrakt auf jetztgemeldter Kondition oder Geding" (II. 11, §. 4) „deßgleichen auch pure ohne Zusatz einiger Kondition, Gedings oder Zeit" (III. 17, §. 2). Und auch für sich allein und abwechselnd mit dem Ausdruck Kondition, kommt jenes Wort in der spezifischen Bedeutung von conditio vor: „oder auch pure ohne Zusatz der Zeit oder Gedings" (III. 13, §. 12 vergl. mit §. 13), „wann ein Legat pure, d. h. ohne allen Zusatz einer Zeit oder Gedings verschafft" (III. 24, §. 5), ebenso III. 21, §. 6. Es scheint Dieses nur dem allgemeinen juristischen Sprachgebrauche der damaligen Zeit zu entsprechen, da auch anderwärts (wie z. B. aus Hartm. Pistoris quaestion. II. qu. 25 und Besold thesaur. pract. I. S. 331 Nro. 13 zu ersehen), Geding als Uebersetzung von conditio gebraucht wird. Gewiß ist man also bei der gemeinen Auslegung nicht genöthigt, in die von Wächter unterstellte Absurdität zu verfallen, vielmehr ganz berechtigt, den Ausdruck Geding, wie überall, wo im L.-R. beide Worte zusammen gebraucht sind, so auch hier als ein verdeutlichendes Synonymon des Wortes Kondition aufzufassen. Eine Hindeutung auf diesen Sinn enthält sogar die Stelle selbst. Wäre das „oder", wodurch zu Anfang der Stelle die beiden Ausdrücke verbunden sind, disjunctive (in der Bedeutung von aut, nicht sive) gemeint, so könnte es im weiteren Verlauf bei Wiederholung der beiden Worte nicht wohl heißen, „ehe solche Kondition und Geding vollzogen", sondern diese Worte wären dann wieder mit „oder" zu trennen gewesen. In der jetzigen Fassung scheint zu liegen, daß Beides mit einander vollzogen wird, beide Begriffe also identisch sind.

Was aber den weiteren Ausdruck „Maß" betrifft, so sollte davon, ihn als eine Uebersetzung des juristischen Begriffes modus (Zweckbestimmung) aufzufassen, billig schon der Umstand abhalten, daß er sich so mit der Wächter'schen Auslegung ebensowenig verträgt, als mit der bisherigen. Denn

kein Reurecht könnte bis zu Vollziehung eines modus wirklich vorbehalten werden, da eine Zweckbestimmung ihrem Begriffe nach erst post traditionem erfüllbar wird, mit der Tradition selbst aber das Reurecht nach dem Schlußsatz des §. 20 hinwegfällt. Das L.=R. selbst gibt auch durchaus keinen Stoff für eine solche Auslegung dieses Wortes, indem dasselbe meines Wissens überhaupt nur eine einzige Stelle enthält, in welcher der Ausdruck Maß möglicherweise die Bedeutung einer Zweckbestimmung hat.[14] Die vielfachen anderen Stellen gebrauchen dieses Wort in der zu damaliger Zeit landläufigen Bedeutung von Art und Weise, Beschaffenheit, nähere Bestimmung, wie es noch heutzutage in der Zusammensetzung: gemäß, nach Maßgabe 2c. vorkommt „Alles mit Maß und Ordnung, wie hernach tit. 75 folgen wird" (I. 55 §. 4, z. vgl. I. 75 §. 19) „auf die hievor unterschiedlich gesetzte Maß" (I. 74 §. 1 und I. 57 §. 1) „vermög unseres L.=R. oder auf eine andere zwischen ihnen zuvor ausdruckenlich bedingte Maaß (III. 9 §. 11) „auf obgesetzte Maaß (ibid. §. 12) „nach Maß und Größin seiner liquidirten Schuld" (I. 13 §. 2). Keine andere Bedeutung hat dieses Wort in der Stelle I. 80 §. 1, wo den Sequestervögten aufgetragen ist, sie sollen „die Maß, Pact und Geding, so mit ihnen solcher hinterlegten Güter halb abgeredt, steiff halten."[15] Irgend eine technische Bedeutung läßt sich diesem Worte nicht vindiziren, und ebendarum ist es auch nicht geeignet, den technischen Gesammtbegriff, der durch die weiter folgenden Worte Kondition oder Geding präzisirt wird, zu verengen oder zu erweitern. Es ist dasselbe ein Ausdruck für die beliebte volltönende Redeweise des L.=R., womit es etwa den Gegensatz zu der vorher angeführten Regel und den Grund der Ausnahme etwas schärfer markiren, zu dem nun erst technisch zu bestimmenden Ausnahmefall

---

[14] Nämlich in der schon oben Note 12 angeführten Stelle III. 13, §. 1.

[15] Haug schreibt dieses Wort konstant „Maß", Eisengrein „Maaß".

überleiten wollte, womit aber ein selbstständiger Begriff ebensowenig bezeichnet wird, als in der vorhin angeführten Stelle vom Sequester. Eine wörtliche Uebertragung der Stelle in heutiges Deutsch würde demnach so lauten:

> Wiewohl von einem abgeschlossenen Vertrag regelmäßig kein Theil zurücktreten kann, so verhält es sich doch anders, wenn ein Kauf mit gewisser besonderer Bestimmung, (nämlich) einer Kondition oder Bedingung verabredet worden ist u. s. w.

Die Stelle gibt es auch deutlich genug selber zu verstehen, daß der Ausdruck Maß keine spezifische Bedeutung haben soll, nämlich dadurch, daß im Nachsatze nur von Vollziehung „solcher Kondition und Geding" die Rede, das Wort „Maß" hier aber nicht wiederholt ist, während eine Wiederholung auch dieses Wortes wesentlich, die Auslassung bei der so gesprächigen Redeweise des L.=R. unerklärlich wäre, sobald damit ein selbstständiges Faktum neben Kondition und Geding bezeichnet werden sollte. Wie die Stelle lautet, erscheinen nun die Worte Kondition und Geding als vollwichtige Repräsentanten der früheren drei Worte.

Somit dürfte dieser Haupteinwurf Wächter's die grammatikalische Festigkeit der gemeinen Auslegung in Wahrheit nicht untergraben haben.

2. Reyscher's Einwand besteht in der Hauptsache darin, daß das L.=R. selbst an einzelnen Stellen ausdrücklich das Gegentheil sage. Er führt dafür mehrere Belege an, von denen aber nur ein einziger wirklich hieher gehört.[16] Denn wenn er auf den §. 2 unseres Titels verweist, worin der Grundsatz aufgestellt ist, daß, wenn ein Kauf einmal getroffen und beschlossen, man ihn zu vollziehen schuldig sey und nicht zurücktreten könne, so kündigt sich ja unsere Stelle (Obwohl — jedoch —) ganz besonders als eine Ausnahme von diesem Satze an. Die weiteren Stellen II. 10 §. 1 und II.

---

[16] Z. vergl. auch Hufnagel in Schneider's kritischen Jahrb. a. cit.

11 §. 2 handeln von einer gesetzten Resolutivbedingung, während unsere Stelle nur Suspensivbedingungen im Auge hat [17] Jene allein zutreffende Stelle ist L.=R. II. 11 §. 6 in Verbindung mit §. 4. Sie handelt von dem Fall eines dem Kauf beigefügten pactum addictionis in diem, und sagt, es könne dasselbe sowohl als resolutive wie als suspensive Bedingung verabredet seyn; im letzteren Falle sey anfangs kein vollkommener Kauf, sondern ruhe solcher Kontrakt auf gemeldter Kondition oder Geding. Erscheine nun ein Mehrbietender, so könne zwar der Verkäufer vom Geschäft zurücktreten, nicht aber auch der Käufer. Hiemit wird nun allerdings das Reurecht des Käufers bei einem suspensiv bedingten Kaufe ausgeschlossen, [18] allein keineswegs allgemein, sondern nur in der namentlichen Beziehung zu der addictio in diem, so daß unter dem Schutze des bekannten hermeneutischen Grundsatzes beide Sätze im Verhältniß von Regel und Ausnahme friedlich zusammenwohnen. [19] Der Vorwurf einer gesetzgeberischen Inkonsequenz bleibt allerdings zurück. Jedoch wird er gemildert durch die Thatsache, daß die Bestimmung von der addictio in diem schon dem zweiten L.=R. angehört, während der Grundsatz des §. 19 eine Schöpfung erst des dritten L.=R. ist. Sey es nun die Scheu vor einem Eingriff in das vom zweiten L.=R. so sorglich behandelte Kapitel von der addictio in diem und die Betrachtung, daß durch Beibehaltung dieser Bestimmung der Wirksamkeit des neuen Grundsatzes im Ganzen Nichts vergeben wird, oder sey es, wie wahrscheinlicher, daß diese Spur des

---

[17] Siehe unter Ziff. VI. Nro. 2.

[18] Mayer, Kommentar zum Pfandges. sup. cit. will dieses Zugeständniß nicht machen unter Berufung auf den Ausdruck in §. 4 „anfangs kein vollkommener Kauf“. Allein eine Vergleichung einerseits mit §. 2 und andererseits mit §. 6 ergibt, daß das L.=R. dort nur die Perfektion ratione actionis et obligationis, nicht auch ratione poenitentiae im Auge hat.

[19] Dieselbe Annahme in der O.=Trib.=Entscheidung bei Sarwey, l. cit.

älteren Rechtes aus Versehen stehen blieb: in jedem Falle kann die Giltigkeit des neuen generellen Grundsatzes hierunter nicht Noth leiden.

3) Es sind noch zwei untergeordnete Einwendungen übrig: von einer Abweichung vom gemeinen Rechte finde sich weder in der Haug'schen Relation, noch in Dr. Haug's wissenschaftlichen Auktoritäten eine Spur; sodann die Stelle rede von „Vollziehung" des Gedings, ein Ausdruck, den das L.-R. vom Eintritt einer Bedingung nie gebrauche. Auf den ersten Satz ist die Entgegnung für den folgenden Abschnitt aufzusparen. Bei dem zweiten Einwurfe ist wohl richtig, daß L.-R. III. 13, §. 3 u. III. 24, §. 7 von „Erfolgung" einer Kondition reden; aber doch wird sich nicht aufstellen lassen, daß die Redeweise, es sey eine Bedingung vollzogen (wie sie für die Unterart der Potestativbedingungen sogar ganz treffend ist), inkorrekt oder auch nur mißverständlich wäre. Die Ungleichartigkeit des Ausdrucks gegenüber den angeführten Stellen erklärt sich leicht daraus, daß diese einen anderen Verfasser haben,[20] und muß doch selbst die Wächter'sche Auslegung sich diesen Ausdruck gefallen lassen, sofern sie unter Maß, Kondition und Geding auch eigentliche Bedingungen wenigstens als Unterart mit umfaßt.

Blicken wir auf die seitherige Ausführung zurück, so ist der gesetzgeberische Gedanke unserer Stelle — wer möchte es läugnen? — kein glücklicher; auch die Fassung dieses Gedankens könnte einfacher und präziser seyn, und wir müssen, um diese ganz zu begreifen, die erst nachfolgende Entstehungsgeschichte der Stelle herbeiziehen, welche zeigt, daß sie nicht in Einem Gusse, sondern durch mehrfältige Korrektur zu Stande gekommen ist. Aber immerhin ist diese Fassung keine zweideutige, ohne Anwendung von Gewaltthätigkeit können die Worte auf keine andere als die hergebrachte Auslegung führen, und jener rechtspolitischen

[20] Diese Stellen rühren nämlich von Eisengrein.

Betrachtung einen Einfluß derart zu gönnen, um von dem gegebenen zu dem gewünschten Wortsinn fortzuschreiten, liegt außerhalb der Befugnisse des Gesetzesauslegers. Bedarf aber jene Auslegung neben den Gesetzesworten selbst noch einer besonderen Rechtfertigung, so liegt solche in der Betrachtung, daß jede anderweite Auslegung nur zu weit größeren Unzuträglichkeiten führt, daß sie, indem sie dem L.=R. einen rechtspolitischen Fehler erspart, ihm einen schlimmeren aufbürdet, nämlich den eines Verstoßes wider die Gesetze der Sprache und der Logik.

V.

Es steht noch aus eine Entstehungsgeschichte unserer Stelle. Sie ist der seitherigen Darstellung darum nicht vorangeschickt worden, weil sie für die Auslegung der Stelle nur von unterstützendem, nicht von maßgebendem Werthe ist.

Der Gedanke von der Reubarkeit bedingter Kaufverträge, welcher, wie bereits erwähnt, erst dem dritten L.=R. angehört, findet gleichwohl, weder in der Literatur der damaligen Zeit, insoweit solche von mir benützt wurde,[21] noch in den über die Revision und Berathung des dritten L.=R. vorhandenen Archivalurkunden eine direkte Rechtfertigung. Die Erklärung hiefür liegt darin, daß der erste Revident des dritten L.=R., Dr. Haug, von welchem wir allein Motive für seine Vorschläge besitzen, an eine Beziehung des von ihm angeregten Reurechtes speziell auf bedingte Käufe Allem nach nicht gedacht, gleichwohl aber nach der weiten Fassung seines Vorschlages dazu den Stoff geliefert hat.

Haug hatte bei Ueberarbeitung der Lehre vom Kauf die Hauptaufgabe, das Kapitel von Insinuation der Liegenschaftskäufe, welches im zweiten L.=R. an die Spitze des

[21] Einsender hatte von Anfang an sein Augenmerk vornehmlich auf diese Literatur gerichtet, und hat in den nach Wächter's Handb. I. S. 354 ff. maßgebenden Hauptwerken eine umfangreiche aber resultatlose Entdeckungsreise gemacht.

Titels gestellt war, abzuändern, nämlich an der Stelle der älteren Vorschrift, welche jeden nicht insinuirten Liegenschaftskauf für nichtig erklärte, die Grundsätze eines Mandates vom Jahr 1584 aufzunehmen, welches Herzog Ludwig im Sinn der heute über die Insinuation giltigen Bestimmungen erlassen hatte. Er hielt es nun für angemessen, dieser Lehre vier Paragraphen voranzustellen, welche die Grundsätze von der Perfektion der Kaufverträge entwickeln sollten. Der erste ist der jetzige §. 1 unseres Titels, des Inhalts: beim Kauf hänge zunächst Alles von der Art der getroffenen Vereinbarung ab. Der zweite (auch jetzt §. 2) bestimmt, daß dieser Vertrag schon consensu perfekt werde. Der dritte ist der Entwurf zu dem jetzigen §. 19, einschließlich der ersten zwei Sätze des §. 20; er setzt eine Ausnahme von dem in §. 2 aufgestellten Grundsatze und lautet:

> Wa aber der Kauff mit sonderer maß, gewissem geding, oder Unnderschied[22] bewilligt und abgehandlet: oder ein Kauff anfangs in ein schrifft — —, so mag jeglicher thail, ehe und zuvor solche maß, geding oder Underschied herbeikomptt, erfüllt und volnzogen, oder die schrifft uffgericht — —, wol widerumb davuon steen. Doch wha arrha ein Haftpfenning uff den Kauff geben worden — — und uß richterlichem Amptt darzu gehalten werden.

Der jetzige Schlußsatz des §. 20 bildet sodann einen eigenen vierten Paragraphen:

> Wa aber beede theil nitt allein des kaufschillings halber sich mit einander vereinigt, sondern auch das gekauffte Gut dem käuffer auch überantwortt und zu handen gestellt worden, in solchem Fal soll der kauff

[22] Dieses Wort hat in der Sprache der damaligen Zeit keine andere Bedeutung, als in der heutigen, nämlich die von distinctio, differentia.

für kräftig und beständig gehalten werden, obschon der verkäuffer das Gelt darumb noch nit entpfangen hette.

Die Bemerkungen, welche Haug's Relation hiezu enthält, beziehen sich nur auf den letzten Paragraphen, und geben ein Licht über den vorhergehenden nur durch Induktion. Es heißt dort: Hic §. (also §. 4) fundatur in L. empti fides et ibi not. Castr. C. de contrah. empt:[28] L. 12 C. d. rei vind. (3. 33) et L. 8 C. d. act. emt. vend. (4. 49)." Diese Stellen besagen zusammen nicht weiter als Dieses: so lange der Käufer nicht seiner Pflicht bezüglich des Kaufpreises genüge, brauche man nicht zu tradiren; sey aber einmal tradirt, so sey die Uebertragung eine definitive und man könne nicht darum zurücktreten und den Kauf für aufgehoben halten, weil der Käufer seinerseits sich weigere, den Kaufpreis zu zahlen, sondern man müsse ihn eben auf dessen Zahlung gerichtlich belangen. Haug aber fährt, den Inhalt dieser Stellen erläuternd, fort: „Nam per traditionem transfertur dominium, si tradens fuerit dominus. — Nam licet sine solutione pretii, si modo fides de eo habita fuerit, perfecta sit venditio et actionem pro consequenda re ex empto nasci, tamen nulla traditione facta dominium manet adhuc penes venditorem et emptori agere volenti objicitur exceptio pretii non soluti nec realiter oblati ut notat Gail. Ubi autem traditio facta est, ibi perfecta

---

[28] Der Paragraph ist nahezu eine Uebersetzung dieser Stelle, welche sagt: Emti fides ac venditi sine quantitate nulla est. Placito autem pretio non numerato, sed solum tradita possessione istiusmodi contractus non habetur irritus, nec idcirco is, qui comparavit, minus recte possidet, quod soluta summa, quam dari convenerat, negatur. Der angeführte Kommentar von P. d. Castro sagt hiezu: In emtorem transit dominium facta traditione, licet pretium non sit solutum, si fuerit habita fides de pretio, nisi venditio sit invalida, quod non fuit conventum de certo pretio. Diese letzten Worte spiegeln sich in den Anfangsworten des §.

venditio est, ad consequendum pretium venditor agere potest d. l. empti fides. — Quinimo traditione facta, licet non constet de fide pretii, praesumitur tamen is, qui tradit rem, habere fidem de pretio scripsit Menochius et Sichardus."

Dieser Kommentar verstattet einen Einblick in eine seltsame Anschauung Haug's von der Perfektion des Kaufvertrages. Unter emtio perfecta, was er im Text mit „kräftig und beständig" ausdrückt, begreift er, entsprechend der regelmäßigen Bedeutung dieses Ausdrucks, einen klagbaren Kauf („perfecta sit et actionem — nasci", „perfecta venditio est, — agere potest"). Jene Gesetzesstellen versteht er nun dahin, als ob sie aussprächen: „die Tradition macht die Perfektion eines Kaufvertrages unzweifelhaft." Und (in einer sichtlichen Verwechslung der Begriffe von Obligations- und Eigenthumsrecht, actio nata und actio efficax) rechtfertigt er sich dieß damit, daß vor der Erfüllung einestheils kein Eigenthumsübergang stattfinde, anderntheils wegen der vorhandenen Einrede des nicht erfüllten Vertrages keine Klagbarkeit, also auch keine Perfektion vorhanden sey, außer in dem Falle, wenn der Kaufpreis kreditirt worden; daß aber diese Hindernisse hinwegfallen, sobald tradirt worden sey, indem die (zum Eigenthumsübergang nöthige) Anborgung des Kaufpreises in diesem Fall präsumirt werde. Wer sich nun diese Auffassung Haug's mit dem Inhalte und dem Zusammenhange seiner drei letzten Paragraphen überlegt, und nicht außer Augen läßt, daß bei Haug auch grobe Irrthümer über römisches Recht nicht zu den Seltenheiten gehören,[24] der dürfte in folgender Aufstellung mehr als eine bloße Hypothese erblicken.

---

[24] Beispiele siehe bei Wächter Hdb. I. S. 354. Note 18. Wie wenig sich überhaupt die Zeit des L.-R. in den allgemeinen Grundsatz, daß Verträge mit der Einwilligung klagbar werden, zu finden wußte, beweist der Titel von Innominatkontrakten.

Haug fand in den Rechtsquellen neben dem Satze, daß consensu perficiuntur emtiones (§. 2), auch den andern Satz ausgesprochen, daß je nach Umständen der Kauf nicht schon mit dem Konsens, jedenfalls aber dann mit der Tradition perfekt werde. Er vereinigte sich beide damit, daß er jedem derselben eine besondere Klasse von Fällen zuwies. Das Criterium bildete die Art der Uebereinkunft, so daß in die erste Klasse die regulären Fälle, in die zweite aber diejenigen fielen, in welchen auf den Vertragsabschluß nicht die Vollziehung folgen, sondern in Mitte beider erst noch etwas Weiteres geschehen sollte. Als Typus dieser zweiten Klasse hatte er vor sich die justinianische Verordnung von der emtio in scriptis, in welcher ausdrücklich erklärt ist, daß die Perfektion nicht mit dem Konsense erfolge. Er faßte aber diesen Fall nicht als einen singulären, sondern, wie er schon bei seinen Auktoritäten eine Ausdehnung auf den Fall verabredeter Zeugenzuziehung, gerichtlicher Auflassung, Beiziehung eines Notars rc. vorfand,[25] so hielt er sich berechtigt, jenen Grundsatz auf alle solche Fälle zu beziehen, wo nach Abrede der Parteien die Vollziehung des Vertrags erst durch einen besonderen Umstand oder Handlung eingeleitet werden sollte. Von der emtio in scriptis bezog er hieher den Aufschub der Perfektion bis zu Eintritt des fraglichen Umstandes, jener auf Mißverständniß beruhende andere Grundsatz aber veranlaßte ihn, hierin wieder eine Einschränkung zu machen im Falle einer vorher erfolgten Tradition.

Darin, daß Haug mit seinem in jedem Fall schlecht gewählten Ausdruck „Maß, Geding oder Unterschied" nur den bezeichneten Kreis von Fällen, nicht aber alle pacta adjecta und namentlich nicht solche treffen wollte, die ihrem Zwecke

---

[25] Bei P. d. Castro ad l. 17 C. fide instrum. dritte Kolumne; Hartmann Pistoris quaest. III. 27, Nro. 18 ff.; Klammer promtudar. tit. 14, Nro. 9.

nach erst post traditionem zu vollziehen sind, wird man auch durch die Fassung seiner Paragraphen bestärkt. Namentlich ist es der Ausdruck „wa aber der Kauf mit sonderer Maß rc. bewilligt", sodann die Stellung der §§. 3 und 4, wonach die Tradition nur aushilfsweise, wenn nicht schon die „Erfüllung des Gedings" vorangegangen, der Perfektionsmoment seyn sollte, welche anzeigt, daß Haug an Umstände von präparatorischem Charakter gedacht hat. Auf der andern Seite läßt aber Sinn und Fassung keinen Ausweg, um nicht auch eigentliche (suspensive) Bedingungen darunter zu begreifen. Gleichwohl ist es höchst wahrscheinlich, daß Haug gerade diese Konsequenz seiner Neuerung sich nicht besonders zum Bewußtseyn geführt habe. Davon abgesehen, daß er sonst diese Aenderung des bestehenden Rechtes ohne Zweifel motivirt hätte (wenn er dadurch nicht überhaupt, wie mir wahrscheinlich, veranlaßt worden wäre, seinen Irrweg zu erkennen und von dem ganzen Gedanken abzustehen), liegt hiefür ein besonderer Beweisgrund in folgendem Umstand. Die Worte im vierten Paragraphen „kräftig und beständig" gebraucht Haug, wie der Kommentar beweist, gleichbedeutend mit klagbar; denn der erläuternde Zusatz zu jenen Worten, welchen der nunmehrige §. 20 des L.-R. enthält: „also daß kein Theil mehr davon abtreten kann", stammt nicht von Haug, sondern ist erst späteren Ursprungs. Hätte er nun an bedingt geschlossene Käufe gedacht, so hätte er solche, wenn pendente conditione tradirt, nicht als klagbar ausgeben können, da er doch hier nur wollen konnte, daß das Reurecht, nicht daß auch die Bedingtheit mit der Tradition erlösche.

Wären nun diese Haug'schen Paragraphen unverändert ins L.-R. übergegangen mit all' ihrer vagen Fassung und Biegsamkeit des Gedankens, so wäre unsere Stelle ohne Zweifel noch weit schädlicher und kontroverser, als sie es jetzt ist; obwohl sie auch so gerade für die Wächter'sche Annahme eines vertragsmäßigen Rücktrittsrechtes keinen Anhalt geben könnte. Charakteristisch und unterstützend

für die oben vertheidigte Auslegung ist nun aber eben die Art und Weise, wie der Haug'sche Entwurf in die jetzige Fassung der Stelle umgewandelt worden ist.

Die gemeinschaftliche Kommission des Herzogs und der Landschaft [26] fand zunächst nur zu §. 3 den Satz einzuschalten „obschon zu anfang nit eben ausdruckentlich bedingt worden, daß sonsten der kauff nit gelten solle." [27] Geheimerath Enzlin aber, als weiterer Revident, [28] machte sich mit dieser Stelle, wie sie es gewiß bedürftig war, näher zu schaffen. Zuerst suchte er durch Streichen der stärksten Pleonasmen und des zweideutigen Ausdrucks „Unterschied" zu helfen. [29] Bald aber schien ihm dieß nicht genügend und die Stelle einer stärkeren Kur bedürftig: er nahm die Haug'schen §§. 3 u. 4 aus ihrem bisherigen Zusammenhang, gab ihnen die jetzige Stelle und die eigene Rubrik, ihrem weiten Inhalte aber die spezifische Richtung auf bedingte Verträge durch folgende Aenderungen. [30] Er ist es, der nun das entscheidende Wort „Kondition" einsetzte, ein Ausdruck, der aus der Feder dieses Juristen und bei der offenbaren Absicht, statt der Unbestimmtheit Präcision zu schaffen, keine Zweideutigkeit besitzt; er ist es sodann, der das wiederkehrende Wort „Maß" durchstrich, und eben damit kund gab, daß er diesem Worte neben Kondition und Geding keinen selbstständigen Werth bei-

---

[26] Siehe Wächter Hdb. I. S. 337, 340.

[27] Das Schmidlin'sche Protokoll (Wächter cit. S. 338 Nr. 18, 22) sagt zwar blos: bleibt bei D. Haugs neu begriffen Concept paucis mutatis, aber in der neuen, von Enzlin nachmals zu Grund gelegten Abschrift (L.R. III, 81 des Staatsarchivs) findet sich jener Zusatz.

[28] Eigentlich Enzlin und Kanzler Reinhardt, Wächter S. 341.

[29] So in der Archivalhandschrift L.R. III, 81 z. vgl. Wächter S. 341, Nr. 25.

[30] Mit diesen Aenderungen, überhaupt in der jetzt gesetzlichen Gestalt, tritt die Stelle auf in der Archivalurkunde L.R. III, 82. Vrgl. Wächter loc. cit.

legte; er ist es endlich, der hinter die Worte des Haug=schen §. 4 „kräftig und beständig" die Erläuterung ein=schaltete, „also daß kein Theil mehr davon abtreten kann", eine Aenderung, die keinen anderen Sinn haben kann, als dem nun für bedingte Käufe geltenden Inhalt dieses Nach=satzes die Mißdeutung zu ersparen, als ob durch die Tra=dition die Bedingtheit und nicht bloß die Reubarkeit ab=geschnitten werde. Den Ausdruck „Geding" konnte er ver=schonen, da dieser durch das nun voranstehende Wort Kon=dition von selbst aus seiner allgemeinen in die spezielle Bedeutung überging.

Bei dieser Fassung Enzlin's ist es geblieben. Wir besitzen für seine Aenderungen keine Motive, aber solche liegen in der Thatsache selbst. Er fand in dem Entwurf eine vage, der Mißdeutung fähige Vorschrift; er wagte nicht, es lag auch nicht in seiner Aufgabe, sie einfach zu streichen, aber er suchte ihr eine feste und technische Grund=lage zu geben. Nun schloßen die Worte Maß, Geding und Unterschied den Begriff der Bedingung unzweifelhaft in sich, hier fand er den gesuchten technischen Begriff, er präzisirte also den Entwurf auf den Fall des bedingten Kaufes. Die Verantwortlichkeit für die Anomalie des Gedankens konnte er nicht sich, sondern nur Haug und der Kommission zuschreiben, während andererseits der Umstand, daß letztere Allem nach diese spezifische Tragweite ihres Entwurfes nicht gehörig ermessen haben, es erklärlich macht, wie die Vorschrift von der Reubarkeit bedingter Kaufverträge in Widerspruch mit dem gemeinen Rechte ein=geführt wurde, ohne daß dieselbe von den Verfassern des dritten L.=R. eine ausdrückliche Motivirung erhalten hätte.

VI.

Zum Schlusse mögen noch einige Sätze zur Entwick=lung des in unserer Stelle gelegenen Grundsatzes einen Platz finden.

1) Die Stelle ist nur auf bedingte Kaufverträge

zu beziehen. Sie steht im Titel vom Kauf, Ueberschrift und Text reden nur von diesem Kontrakt. Um sie ausdehnend zu erklären, müßte der Beweis zu führen seyn, daß der Gesetzgeber aus Versehen einen zu engen Wortausdruck gewählt und sie an einen falschen Ort gestellt habe, ein Beweis, von welchem nach dem Seitherigen keine Rede seyn kann. Haug wollte, wie der Zusammenhang mit seinem vierten Paragraphen und seine Motive hiezu ergeben, entschieden nur von der Perfektion des Kaufvertrages reden, und auch Enzlin, welcher der Stelle die Rubrik des Codextitels: Quando liceat ab emtione descedere verlieh, und sie an einen andern Ort versetzte, wird in der Wahl desselben um so gewisser mit Bedacht zu Werk gegangen seyn, als er andererseits der Lehre von Insinuation der Liegenschaftsverträge, welche seitdem im Titel vom Kauf gestanden hatte, ihre richtige Stelle als selbstständiger Titel 13 wohl anzuweisen verstand. Noch weniger läßt sich eine analoge Ausdehnung rechtfertigen bei einer Bestimmung, welche von allgemeinen Grundsätzen und dem gemeinen Rechte so sehr abweicht.

1) Es sind in der Stelle nur suspensive Bedingungen verstanden, wie sich dieß auch ohne Rücksicht auf die mit einer andern Auffassung unvereinbare Vorschrift des §. 20 Schlußsatz schon daraus ergibt, daß die Stelle nach vollzogener Kondition den Vertrag für kräftig ansieht, während er nach vollzogener Resolutivbedingung im Gegentheil aufgelöst wäre.[31]

2) Die Bedingung muß die Zustandekunft des Vertrags selbst ungewiß machen („ein Kauf — mit Kondition — getroffen[32]) Wenn also nur Ort oder Zeit der Leistung, oder eine Nebenleistung derart bedingt wäre, daß durch diese Bedingung der Consens im Allgemeinen und

---

[31] Z. vrgl. oben III. Ziff. 4.

[32] Siehe auch Reinhardt Kommentar I. S. 197.

hinsichtlich der Essentialien des Vertrags nicht eingeschränkt wird,[33] so kann das Reurecht nicht stattfinden.

4) Die Stelle ist nach einer Vergleichung mit §. 1 des Titels keine lex cogens. Wenn also ein bedingter Kauf auf stet und fest geschlossen, oder auf eine andere, namentliche oder konkludente Weise das Reurecht vertragsmäßig beseitigt ist, so hat es hiebei sein Bewenden. Aber eine solche Absicht der Kontrahenten muß geäußert seyn, und darf nicht supplirt werden aus der stillschweigenden Intention, welche die Betheiligten bei einem bedingt geschlossenen Geschäft in der Regel haben werden, die Zustandekunft desselben eben nur von der Bedingung und nicht von der eigenen Willkühr abhängig seyn zu lassen. Denn um das naturale negotii, das Reurecht, zu entfernen, bedarf es einer namentlichen Gegenverabredung.

5) Die Stelle erklärt nicht: der bedingt geschlossene Kauf enthalte rechtlich ein nihil actum; sondern die Abweichung vom gemeinen Rechte beschränkt sich auf die Zulassung eines Reuerechtes, womit die auch nach dem L.=R. durch das Geschäft begründete spes obligationis zerstört werden kann. Die Folge ist, daß, soferne und insolange von dem Reuerecht kein Gebrauch gemacht ist, die gemeinrechtlichen Wirkungen bedingter Obligationen zutreffen. Es ist also der Uebergang pendente conditione auf die Erben, die Cessibilität derselben,[34] das Recht auf Kautionsleistung, das Tragen des periculum deteriorationis vollkommen auch auf den bedingten Kauf nach württemb. Recht anzuwenden, so daß diese Wirkungen nur hinwegfallen, wenn entweder vom Reuerecht wirklich Gebrauch gemacht oder die Bedingung defizirt ist. Nur folgende zwei gemeinrechtliche Wirkungen werden vermöge der besonderen Beschaffenheit dieses bedingten Ge=

---

[33] Vrgl. Wächter II. S. 691, Nro. 7.

[34] Die Ausübung des Reurechts wird mit der Cession auf den Cessionar übergehen arg. L. 2. pr., L. 6. L. 23. D. act. vend. 18. 4, L. 5. L. 8. C. eod. 4. 39; Mühlenbruch Cession §. 56. 57.

schäftes keine Anwendung finden können; nämlich erstens diejenige, daß die Bedingung für eingetreten gilt, wenn der Promittent ihre Erfüllung verhindert, indem diese gerade den Ausschluß des Reuerechtes zur besonderen Voraussetzung hat und es natürlich ist, daß, wer die bedingte Obligation durch sein Belieben direkt aufheben kann, auch zu diesem Zweck sich indirekter Mittel muß bedienen dürfen. Sodann aber auch die Wirkung der Rückbeziehung des Eintritts der Bedingung auf den Zeitpunkt des negotium celebratum, da diese Fiktion auf solche Fälle für unanwendbar erklärt ist, wo die Zustandekunft der Obligation und Bedingung von der Willfährigkeit des künftigen Schuldners abhängig ist.[35] Jedoch leidet dieser zweite Grundsatz wiederum eine Ausnahme. Die Rückbeziehung findet statt, wenn für einen bedingten Kauf ein Pfandrecht bestellt oder vorgemerkt worden ist. Denn nach Art. 96 und 79 des Pfandgesetzes datirt das für eine bedingte Forderung bestellte oder vorgemerkte Pfandrecht existente conditione ausnahmslos vom Tage des Eintrages,[36] woraus, da kein Bestand eines Pfandrechtes ohne Obligation zu denken ist, geschlossen werden muß, daß auch die Obligation zurückdatire; jedoch kann man, weil diese korrektorische Verordnung strikt anzuwenden ist, in der Rückbeziehung der Kaufsobligation nicht weiter gehen, als auf den Moment des Pfandeintrages.

6) Das Reuerecht hört vor der Zeit auf im Fall des Schlußsatzes des §. 20. Daß aber durch die Tradition nicht auch die Bedingtheit hinwegfalle, ist schon im vorigen Abschnitt erwähnt worden. Von der Tradition an fällt alsdann der bedingte Kauf ganz den gemeinrechtlichen Grundsätzen über bedingte Geschäfte anheim. Nicht weniger wird aber auch

[35] L. 9, §. 1. D. q. pot. in pign. 20. 4, L. 4, D. quae res pign. 20, 3; z. vergl. auch Mayer Komm. z. Pfdges. II, S. 40. 52.

[36] Bolley Kommentar I. S. 346 ff. gegen Mayer loc. cit. S. 55 ff.

7) bei bedingten Liegenschaftskäufen das Reuerecht für beendigt anzusehen seyn mit der Insinuation. Das L.-R. geht, wie die Stelle II. 13 §. 1 („mit allen Pacten und Gedingen, wie die Namen haben mögen") und II. 11 §. 9 zeigt, davon aus, daß auch bedingt geschlossene Verträge zum gerichtlichen Erkenntniß zu bringen seyen. In der Stelle II. 13 §. 4 wird nun mit der gerichtlichen Insinuation ein jeder Liegenschaftsvertrag für stet und kräftig erklärt und allein der Fall ausgenommen: „wo zwischen den Contrahenten ein andres abgeredt". Es ist also hier an Ausnahmsfälle gedacht, aber der unserige nicht darunter aufgenommen, und gerade aus der Erwähnung dieser Ausnahme ist zu sehen, daß der Grundsatz des Reuerechtsausschlusses mit der Insinuation nicht blos gegenüber dem besonderen in §. 5 normirten vierzehntägigen Reuerechte der Liegenschaftsverträge, sondern absolut ausgesprochen werden wollte, so daß alle Arten eines gesetzlichen Reuerechtes darunter fallen. Dieß muß man auch insoferne als etwas Natürliches anerkennen, als unser Reuerecht, wenn sein Zweck darin besteht, den Kontrahenten re adhuc integra zur Besinnung Zeit zu lassen, durch die Insinuation so gut als durch die Tradition ersetzt wird.[37]

8) Endlich fällt unser Reuerecht auch hinweg bei Exekutionsverkäufen: Art. 66 des Exekutions-Gesetzes.

* * *

So sehr bisher darauf gedrungen werden mußte, daß das Urtheil über den legislatorischen Werth unserer Landrechtsstelle von der Frage nach ihrem Inhalt fern gehalten werde, so wenig wollte damit verkannt werden, daß dieselbe gegenüber den heutigen Anforderungen des Verkehrslebens eine nicht nur unmotivirte, sondern für Chikanen aller Art dienstbare Bestimmung enthält, und daß deßhalb ihre gesetzliche Aufhebung, wenigstens für die Sphäre des Handels-

---

[37] Anderer Meinung, aber ohne nähere Begründung, ist Griesinger Komm. II. S. 602, III. S. 636 u. Reinhardt L.R. I. S. 254.

rechtes, ein wahres Bedürfniß ist. Waltet ein guter Stern über dem Plane eines deutschen Handelsgesetzbuches, so könnte wohl diesem Bedürfnisse in dem Einführungsgesetze Rechnung getragen werden. Und Einsender will sich bei dieser guten Gelegenheit nicht enthalten, für jenen Fall noch eine zweite nicht minder schädliche Bestimmung zu denunziren, nämlich diejenige des Titels von Innominatkontrakten. Es ist zwar neuerdings versucht worden, auch diese Landrechtsstelle mit ihrem Reuerecht auf dem Weg der Doktrin zum Schweigen zu bringen, aber schwerlich mit besserem Glück.

---

3) Ueber Ordinationen.

(Von Herrn Professor Dr. Geßler in Tübingen.)

In dem Aufsatze des Archivs I. S. 41 ist den in dem württembergischen Gerichtsverfahren üblichen Ordinationen eine nähere Würdigung zu Theil geworden, welche bei der vielfachen Unklarheit über ihr Wesen längst ein Bedürfniß war.

Wird hiebei die Bestimmung derselben ihrer rechtlichen Natur nach geprüft, so ist auch Aufgabe des gegenwärtigen Aufsatzes, diese festzustellen: es ist nur die hiebei gewählte Art der Behandlung insofern eine verschiedene, als zunächst an der Hand der gemein- und württembergisch-rechtlichen Rechtsnormen über die Rechtsmittel eine Auseinandersetzung darüber versucht wird, in wie weit hiedurch ein Verfahren wie das gewöhnlich in diesen Ordinationen liegende, gerechtfertigt ist.

Diese Erörterung erstreckt sich vorerst nicht auf die Verfügungen in Folge von Beschwerden gegen der Rechtskraft nicht fähige Bescheide, da hier mehr nur die analoge Anwendung des Verfahrens bei Rechtsmitteln zur Sprache zu bringen ist, und die in dem bezeichneten Aufsatze sub. A. III. aufgeführte Anordnung der Vervollständigung eines

Urtheils durch den Unterrichter auch bei den Verfügungen in Folge von Beschwerden gegen der Rechtskraft fähige Erkenntnisse in Frage kommt.

Nehmen wir in Beziehung auf letztere, zunächst nur zur Begrenzung der Untersuchung die gewöhnlich mit Ordination bezeichneten Fälle, zu vergl. Archiv I. S. 48, so zeigt sich alsbald, daß die Untersuchung sich vor Allem der Frage zuzuwenden hat: In wie weit ist der Appellationsrichter befugt, beziehungsweise verpflichtet, auch ohne besonderen Antrag der Parthei auf Nichtigkeiten im Verfahren des Unterrichters von Amtswegen Rücksicht zu nehmen? Es sind ja die am häufigsten mit Ordination bezeichneten Verfügungen solche vom Oberrichter getroffene, „durch welche ein angefochtenes Erkenntniß aus prozessualischen Gründen, welche von dem Appellanten selbst nicht geltend gemacht waren, von Richteramtswegen aufgehoben, und die Sache zu neuer oder weiterer Verhandlung an den Unterrichter zurückgewiesen oder wodurch, sey es mit oder ohne Aufhebung des vorrichterlichen Erkenntnisses dem Unterrichter von Amtswegen, ohne Antrag der Parthei, aufgegeben wurde, dasselbe durch Entscheidung eines von ihm übersehenen oder vorläufig ausgesetzten Streitpunktes zu vervollständigen."

Unser neueres einheimisches Recht enthält über diese Frage keine besondere ausdrückliche Bestimmung: die Vorschrift der pr. V.=O. vom 22. September 1819 §. 2 sub 3, wornach Obliegenheit der höheren Gerichte ist, „alles das was zur formellen Gültigkeit des Verfahrens gehört, zu beachten," ist zunächst für ihr eigenes Verfahren gegeben, und könnte hierin eine Anweisung zur Beachtung der Nichtigkeiten des Verfahrens des vorigen Richters nur insoweit liegen, als das eigene Verfahren der höheren Gerichte unter diesen selbst leiden könnte, allein es ist gerade die Frage, wann dieses der Fall ist.

Wir sind deßhalb zur Lösung der obigen Frage zunächst an das gemeine Recht verwiesen.

Ueber diesen Gegenstand gibt uns das römische Recht

vor Allem keine direkte Entscheidung, aber um so bedeutendere Anhaltspunkte für die Auffassung desselben im Allgemeinen.

Insbesondere ist hiefür die l. 3 C. quomodo et quando judex (7. 43) von Wichtigkeit:

> Ab eo judicato recedi non potest, quod vobis absentibus et ignorantibus atque indefensis dicitis esse prolatum: si ubi primum cognovistis, non illico de statutis querelam detulistis. Jta enim firmitatem sententia, quae ita prolata est, non habebit, si ei non sit comodatus assensus.

Von keiner Erheblichkeit ist für die gegenwärtige Frage, ob die querela eine Protestation oder die Erhebung der Berufung war, es ist hier nur das von Bedeutung, daß eine offenbar nichtige Sentenz,[1] welche, ohne vorgängige Gelegenheit zum Gehör der unterliegenden Parthei gegeben zu haben, gefällt wurde, durch den assensus dieser Parthei zur vollständigen Kraft kommen kann und daß dieser assensus in der sofortigen Nichterhebung einer querela gefunden wird.

Hiemit steht in vollständiger Uebereinstimmung die l. 2 C. de compens. (4., 31.)

> Ex causa quidem judicati indebitum solutum repeti non potest,

verglichen mit l. 1 C. de cond. ind. (4., 5.)

> Pecuniae indebitae, per errorem, non ex causa judicati solutae esse repetitionem jure condictionis, non ambigitur etc.

Mag die Ausschließung der conditio indebiti zugleich darauf beruhen, daß die obligatio judicati zu denjenigen gehörte, wo bis inficiando crescit in duplum, so ist doch dieß, daß man hievon auch dann keine Ausnahme machte, wenn das Urtheil nichtig war, ein Beweis dafür, daß selbst ein

---

[1] Zu vergl. hierüber Linde, Handbuch, Bd. V. S. 441 ff. Heffter System, S. 581, Note 37, sowie Seuffert's Archiv, VIII. S. 297 ff. Seuffert u. Lauk, Comm. zur bayr. Ger.-Ordnung, Bd. IV., S. 226.

nichtiges Urtheil durch Anerkennung zu rechtlicher Bedeutung gelangen konnte, und ist eine Ausnahme jedenfalls für den hier allein erheblichen Fall, daß mit dem Bewußtseyn der Nichtigkeit der Sentenz ihr Inhalt erfüllt würde, nicht festgesetzt. [2]

Wenn hiernach ein Urtheil trotz seiner Nichtigkeit durch das Verhalten der Parthei Bedeutung erhielt, so ist per argumentum a majore ad minus dem Benehmen der Parthei zum wenigsten die gleiche Wirkung beizulegen, wenn sie sich gleichzeitig noch eines Rechtsmittels bedient, durch dessen Anwendung der ungerechte Inhalt des Urtheils vollständig beseitigt werden kann. Macht sie hier die ihr bekannten Nichtigkeitsgründe nicht geltend, so sind sie auch für sie durchaus als nicht mehr vorhanden zu betrachten: die Annahme des hierin liegenden Verzichts muß die Wirkung haben, daß, soweit die Nichtigkeit nur das Recht dieser Parthei berührt, sie überhaupt rechtlich nicht mehr besteht, da wenn ihr Wille selbst die unmittelbare Verbindungskraft eines ungiltigen Urtheils bewirken kann, er noch vielmehr die Wirkung haben muß, ein solches Urtheil als vorinstanzliches zu Grunde legen zu können, ohne daß die Parthei je deßhalb eine Einwendung gegen das weitere hierauf gebaute Verfahren erheben kann.

Es kann aber allerdings, soweit ihr kein Dispositionsrecht zukommt, auch ihre Zustimmung nicht in Betracht kommen: ist sie deßhalb selbst nicht fähig, eine Handlung rechtsgiltig vorzunehmen, oder ist es eine nicht zu ihren Gunsten gegebene Vorschrift des öffentlichen Rechts, worauf die Nichtigkeit beruht, verlangt z. B. dieses absolut zur Möglichkeit der Thätigkeit des Richters höherer Instanz, daß der frühere Richter zuständig 2c. war, ohne hiebei die Einwirkung der Partheien zu beachten, so kann hier für den Appellationsrichter noch ein Gebot seyn, ohne

---

[2] Zu vergl. auch Gönner, Handbuch III. S. 180 ff. Bethmann-Hollweg, Handbuch S. 375, Note 4.

Anträge der Partheien solche Punkte zu berücksichtigen. Für eine Beachtung von weiteren Nichtigkeitsgründen ohne oder gegen den Willen der Partheien ist dagegen vom Standpunkte des römischen Rechts nach dem Inhalte seiner sonstigen Bestimmungen jedenfalls kein Raum.[3]

Haben wir im römischen Recht keine Aussprüche, welche die Frage ex officio behandeln, so soll dagegen durch das kanonische Recht in c. 18. X. de sent. et re judicata (2. 27), die bestimmte Ermächtigung des Appellationsrichters, Nichtigkeitsgründe von Amtswegen zu berücksichtigen, gegeben seyn. Allein diese Stelle gibt hiefür um deßwillen keinen Beweis, weil aus ihr gar nicht ersichtlich ist, welche Gründe bei der Berufung geltend gemacht wurden, und sind auch die Gründe, welche der Entscheidung des Appellationsrichters zu Grunde liegen, keinenfalls ausschließlich bloße Nichtigkeitsgründe, da sie hauptsächlich in einer anderen Auffassung des gelieferten Beweises bestehen. Soweit sie aber auch Nichtigkeitsgründe sind, lag ihre Berücksichtigung jedenfalls im präsumtiven Willen des Appellanten, und ist die Stelle nur ein Beweis dafür, daß Nichtigkeitsgründe auch im Wege der Appellation geltend gemacht werden konnten.

In der Doktrin machte sich aber die Meinung gel-

---

[3] Eine Verpflichtung, daß der Appellationsrichter auch von der Parthei nicht geltend gemachte Nichtigkeitsgründe zu berücksichtigen habe, läßt sich namentlich auch nicht daraus ableiten, daß auch nach Ergreifung der Appellation nach ein Urtheil als nichtig angegriffen werden kann, denn aus l. 19 D. de appell. (49, 1), welche für Letzteres angeführt wird, folgt nur der an sich natürliche Grundsatz, daß das Urtheil, gegen welches Appellation als formell unzuläßig erklärt ist, noch als nichtig angefochten werden könne und daß das Urtheil des Appellationsrichters, welches den gleichen Ausspruch gegen klares Recht enthält, wie das unterrichterliche Erkenntniß, nichtig ist.

In weiterem Sinn scheint auch Linde Handbuch IV. S. 552 ff. die Zuläßigkeit der Anfechtung eines Erkenntnisses als nichtig nach durchgeführter Appellation nicht anzunehmen.

tend, daß, wenn bloß appellirt war, der Richter Nullitäten berücksichtigen dürfe,

„quae ex eisdem actis ac processu resultat ac de se patet, talis etenim ex actis resultans et notaria nullitas non indiget aliqua propositione seu allegatione“

sie gelte als incidenter in judicio deducta. Hiebei wurde aber strenge zwischen den ex actis sich ergebenden notorischen und sonstigen notorischen Nullitäten unterschieden, bei welch letzteren angenommen ist, quod, licet notorium, relevet ab onere probandi, non tamen relevat ab onere proponendi.

Ueber die Wirkung der Berücksichtigung einer solchen Nullität von Amtswegen waren Zweifel; die gewöhnliche Meinung ging aber dahin, daß das Erkenntniß als nichtig aufzuheben sey.[4]

Die Einwirkung der Parthei in Beziehung auf eine nur ihr Recht berührende Nichtigkeit des Verfahrens wurde aber hiebei im vollsten Maß anerkannt, es wurde hervorgehoben, daß Nichtigkeiten, welche, wenn sie geltend gemacht sind, nicht durch den Willen der Partheien ratifizirt werden könnten, für den Fall, daß auf ein Vorschützen derselben überhaupt verzichtet werde, ihre Bedeutung vollständig verlieren.[5]

Die deutschen Reichsgesetze enthalten keine Bestimmung, wornach der Appellationsrichter ex officio von den Partheien nicht geltend gemachte Nichtigkeitsgründe zu berücksichtigen haben würde.

Es schreibt zwar die K.G.O. von 1555 in Theil 3. Tit. 34, welcher in seinen übrigen Bestimmungen nur eine Zusammenstellung der bereits in der K.G.O. von 1521. Tit. 21, von 1523, Tit. 5, von 1527 enthaltenen Normen gibt, in §. 2 vor:

---

[4] Zu vergl. Linde, Handbuch V. S. 462, 463, 466, 470 und Vantius de nullitate an den hier aufgeführten Stellen.

[5] Zu vergl. v. Röder, die Lehre von den Nichtigkeiten, S. 178, 179.

„Und soll also die Nullität, so incidenter und nicht principaliter fürgenommen, neben und mit der Iniquität zugleich auff alle Termine außgeführt und in massen, wie oben, von Appellationssachen gesetzt ist, procedirt und gehandelt werden. Es were denn Sache, daß sich aus den Akten erster Instanz eine öffentliche Nullität befände, welche in anderer Instanz nicht ratificirt werden möcht, alsdann sollen unser Kammerrichter und Beysitzer auch vor der Kriegsbefestigung, und ex officio, darüber endtlich zu sprechen und zu erkennen, Gewalt und Macht haben."

Allein zur Auslegung der Worte „ex officio" ist nöthig, die Stelle in ihrem Zusammenhange zu nehmen.

Hiebei geht aus §. 1 mit Bestimmtheit hervor, daß in §. 1 u. 2 das Verfahren geordnet werden wollte

„wo Jemands an unsrem Kammergericht solche Nullität oder Nichtigkeit voriger Rechtfertigung oder gesprochenes Urtheil fürzuwenden gedächt"

und er zugleich auf Iniquität Beschwerde gründen will; es bestimmt sodann §. 1 das Verfahren für die Anbringung solcher incidenter erhobener Nichtigkeitsklage und das Nichtbegründet-Erfinden derselben, während der §. 2 verordnet, daß, falls die Nichtigkeitsklage ein weiteres Verfahren veranlasse, die Nullität neben und mit der Iniquität verhandelt werden soll, und daß es nur, wenn die Nullität eine öffentliche ꝛc. sey, keiner Erklärung des Querulaten hierüber bedürfe, vielmehr der Richter ex officio erkennen könne.[6]

Es enthält somit diese Stelle nicht im Mindesten die Bestimmung, daß der Appellationsrichter im Fall bloßer Anbringung von Appellationsbeschwerden ex officio Nichtigkeitsgründe zu berücksichtigen habe, wie denn auch das in

---

[6] Zu vergl. auch Schöpff, processus appellationis ꝛc., S. 437, 438, c 21, §. 3.

der K.G.O. Tit. 31—33 geschilderte Verfahren bei reinen Appellationssachen in dieser Richtung durchaus keine Vorschrift gibt. Es ist mit Bestimmtheit hiedurch nur ausgesprochen, daß geltend gemachte Nichtigkeitsgründe, welche sich aus den Akten I. Instanz offenbar ergeben und in höherer Instanz nicht ratifizirt werden können, auch ohne Vernehmung des Gegners zu einer Verfügung zu Gunsten des (Auten) Quanten (ähnlich den Ordinationen des gemeinen Territorial-Prozesses) berechtigen; es kann sodann höchstens nur das Weitere hierin liegend betrachtet werden, daß, wenn eine Nullitätenklage mit der Appellation verbunden ist, Nichtigkeitsgründe der bezeichneten Art auch ohne ihre ausdrückliche Geltendmachung berücksichtigt werden können, obgleich bei der Vorschrift des §. 4, daß „die Prokuratores die Ursachen der Nullität, derhalben principaliter oder incidenter gehandelt wird, specifice auszudrücken und zu bestimmen schuldig seyn", selbst der Annahme nur dieses Grundsatzes die erheblichsten Bedenken entgegenstehen.

Ergibt sich hienach jedenfalls bestimmt aus dieser Stelle, daß der Richter bei bloßer Appellation Nichtigkeitsgründe nicht von Amtswegen zu berücksichtigen hatte, so lag auch in Folge der sonstigen Gestaltung des Verfahrens durchaus keine Nöthigung zu einer solchen Bestimmung vor: wollte der Appellant Nichtigkeiten für sich geltend machen, so hatte dieß nach §. 1 mit der Appellation von seiner Seite zu geschehen; nachher wurde er in der Richtung der Appellationsbeschwerde nicht mehr hiemit gehört: diese Nichtigkeiten konnten somit auf das eigene Verfahren des Appellationsrichters keinen Einfluß mehr äußern, er war, sofern nur sein Verfahren selbst keine Nichtigkeit enthielt, gegen eine Anfechtung desselben aus dem Grund, daß sein Verfahren ein möglicherweise an sich nichtiges, unterrichterliches Verfahren zur Grundlage hatte, geschützt.[7]

---

[7] Zu vergl. Linde, Handbuch V. S. 493. Heffter, System

Nullitätsklage und zwar in umfassender Weise konnte nur dann ergriffen werden, wenn nicht appellirt war, und hier führte sofort der jüngste Reichsabschied §. 121, 122 die Beschränkung ein, daß, während bis jetzt Nullitäten, falls nicht appellirt war, innerhalb 30 Jahren geltend gemacht werden konnten, Nullitäten im Allgemeinen überhaupt binnen des fatale interponendae appellationis anzubringen sind, und daß im Fall der Versäumniß dieses eine Klage nur noch bei Nullitäten, welche insarcabilem defectum aus der Person des Richters oder der Parthei oder aus den substantialibus des Prozesses nach sich führen, später (während der Dauer von 30 Jahren) zulässig sey.

Im Fall der Ergreifung der Appellation bestand aber stets die Verpflichtung, Nichtigkeitsgründe, welche man **überhaupt** geltend machen wollte, mit der Appellation zu verbinden, fort, indem der jüngste R.A., wie gezeigt, keine Erweiteruug, sondern nur eine Beschränkung der Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen geben wollte, eine Aufhebung der bisher schon bestandenen Beschränkungen entfernt nicht beabsichtigte.

Es konnten deßhalb auch die in §. 122 des j. R.A. bezeichneten Nullitäten nicht mehr nach durchgeführter Appellation geltend gemacht werden, und fiel auch jetzt eine Veranlassung, hierauf von Amtswegen Rücksicht zu nehmen, hinweg.[8]

Fragt es sich nun, in wie weit von diesen gemeinrechtlichen Grundsätzen in Württemberg (bei dem durch den j. R.A. §. 137 an sich speziell noch bestätigten partikularrechtlichen Verfahren) Anwendung gemacht werden kann, so schließt sich das Landrecht Theil I. Tit. 67 in Beziehung

---

S. 585, Note 49, 50 vergl. mit S. 575. Seuffert u. Lauk, Comm. zur bayr. Ger.-Ordnung IV. S. 226.

[8] Zu vergl. Linde, Handbuch V. S. 507 ff. Eine nähere Ausführung hierüber erscheint wegen des Inhalts des württemb. Rechts wohl nicht als geboten.

auf die Verpflichtung, bei der Ation Richtigkeit vorzubringen, in der Hauptsache an das durch die K.G.O. von 1555 Tit. 34, §. 1 Bestimmte an, und ist die Einwirkung um so klarer, als das erste und zweite Landrecht von 1555, beziehungsweise 1567 im III. Landrecht und ebenso die III. Hof-Ger.-Ordnung von 1557 in der IV. von 1587 und V. von 1654 an den betreffenden Stellen eine Aenderung erhalten haben, welche sich am besten aus ihrer Gegenüberstellung ergibt.

I. und II. Landrecht Thl. I.

Wie in Appellationssachen procedirt und fürgangen werden soll.

Der Materialien halb

— — lesen lassen. Nach vorlesung selbiger (der Akten) soll der Appellant sein Appellation, Klag oder beschwerden, damit er vermeint durch erste Urthel sich beschwert zu seyn, klar und lautter, geschicktlich, verständlich und ordenlich, auch mit guter zucht und bescheidenheit einbringen und darthun, die unbillicheit der Urthel durch warhafftige, rechtmessige und gute gründ widerfechten, mit beger, selbige Urthel als nichtig oder unbillich, und laut oder innhalt seiner Bitt, erkennt und geurthelt zu werden. Wa auch die beschwerden und gründ des Appellanten, hievor in erster Instanz eingebracht, in Actis begriffen, mag er sich mit kurzen Wortten darauff referieren und ziehen.

Hergegen mag und soll 2c.

III. Landrecht Thl. I. Tit. 67.

Wie in Appellation-Sachen der Materialien halb zu procediren.

(Sodann — — verlesen werden sollen.) Nach Vorlesung der Akten soll der Appellant sein Appellation-

Klag oder Beschwehrden, damit er vermeint, durch ergangen Urthel beschwehrt zu sein, verständlich, ordenlich und mit guter Bescheidenheit fürbringen. Die Nichtigkeit (so eine vorhanden) zumal mit der Ohnbillichkeit der Urthel, auß wahrhafften und rechtmässigen Ursachen widerfechten: mit Begehren, selbige Urthel als nichtig oder ohnbillich erkennt und innhalt seiner Bitt, geurtheilt zu werden. Wa auch die Beschwehrden und Gründ des Appellanten hievor in Erster Instanz eingebracht und in Akten begriffen, mag er sich mit kurzen Worten darauff referiren und ziehen. Und da die Nullität der Urthel auß den Akten nicht bescheint werden kann, soll der Appellant die AppellationKlag allein auf die Iniquität und Unbillichkeit derselben richten. Waffern aber die Appellation für desert erkennt, und doch der Appellant principaliter auf die Nullität alßbald vor dem AppellationRichter zu klagen begeren würde, soll er gehört und was Recht ist, erkannt werden.

Hergegen mag und soll 2c.

III. Hofgerichts-Ordnung von 1557.

Wie in AppellationsSachen der Materialien halb soll für gegangen werden.

(Wann die Formalia anzeigt ist). Und so der Gerichtshandel gelesen, darauff Hoverichter und Urteilsprecher ein gut Auffmerken sollen haben, das alsdann der Redner des Appellierers mit zichtigen, geschikten, kurzen und lautern, verstendigen Worten mit guter Ordnung, so vil das die Sach erleiden mag, die Beschwerden der Urteil anzeigen.

IV. Hofgerichts-Ordnung von 1587 und V. von 1654. Theil III. Tit. 5.

Welcher massen der Materialien halben zu handeln.

§. 3. Wann dann die Acta voriger Instanz abge-

lesen, soll von dem Appellanten die Appellation Klag, sampt der gravaminibus und Beschwerden voriger Instanz und Urtheil mit verständlichen kurzen Worten fürgebracht werden.

§. 4. Nachdem aber nicht allein iniquitas, die Unbilligkeit, sondern auch darneben etwa nullitas, die Nichtigkeit der Urtheil oder Sache angefochten wird, soll gleichwohl nullitas, da einige alsbald ex Actis anzuzeigen, und nicht zu vertheidigen, erstlich fürgebracht, aber daneben auch in eventum, auf iniquitatem, die Unbilligkeit der Urtheile geklagt werden.

§. 5. Da aber nullitas ex Actis nicht offenbar oder aber leichtlich zu vertheidigen, sollen die Advokaten derselben geschweigen, und die Appellation-Klag allein super iniquitate fürbringen, damit das Hoff-Gericht nicht vergebenlich bemühet, und die Sachen aufgehalten werden.

(§. 6 enthält die Bestimmung, daß sofern die Ation als desert zu erkennen ist, die Parthei, welche nullitatem principaliter auszuüben begehren würde, hiezu zugelassen seyn soll.)

§. 7 (welcher in der IV. Hof-Ger.-Ordn. nicht enthalten ist, bestimmt:

> Gleicher gestalten soll es auch gehalten werden, da gleich nicht in gebührender Zeit oder sonsten debito modo appellirt worden, die verlustigte Parthey aber die ergangene sententiam prioris Instantiae für null zu halten, vermeinen und die Nullität an Unserm Hof-Gericht auszuführen begehren soll, wofern allein die causa principalis sonsten appellabilis gewesen seyn möchte.

Aus dem Inhalt dieser Rechtsquellen ergibt sich vor Allem mit Bestimmtheit, daß die Vorschrift, Nichtigkeitsgründe, wenn sie überhaupt im Fall der Ergreifung der Appellation geltend gemacht werden wollen, mit dieser zu verbinden, auch im württembergischen Rechte besteht, daß für dieses sogar alle Zweifel, welche im gemeinen Rechte deß-

halb entstehen können, weil die Vorschrift in dem j. R.-A. nicht ausdrücklich wiederholt ist, durchaus beseitigt sind, weil, nachdem das Landrecht die Nichtigkeitsgründe bestimmt hat, dieses und die IV. und V. Hofgerichts-Ordnung die Verpflichtung hiezu erst jetzt in deutlichen Worten festgesetzt haben. Daß aber die Vorschrift nicht nur dahin geht, Nichtigkeitsgründe aus Zweckmäßigkeitsrücksichten mit der Appellation zu verbinden, daß vielmehr die Absicht des Gesetzgebers ist, nach Ergreifung und Durchführung der Ation jede Anfechtung des vorrichterlichen Verfahrens durchaus als unzulässig zu erklären, ergibt sich neben der Art und Weise der Erlassung der Vorschrift und ihrer Uebereinstimmung mit der K.G.O. von 1555 insbesondere noch bestimmt aus dem §. 7 der V. Hof-Ger.O., wornach nur derjenige, welcher nicht appellirt hat, oder dessen Appellation nicht zur Würdigung des Oberrichters gelangt ist, für berechtigt erklärt wird, nun noch nullitatem principaliter zu deduziren.[9]

Es geht der Gesetzgeber davon aus, daß derjenige, welchem die Appellation zusteht, sich regelmäßig auf diese beschränken soll, bei welcher, wenn eine materiell gerechte Sache vorliegt, eine Nichtigkeit des unterrichterlichen Verfahrens für ihn keine Bedeutung haben kann (zu vergl. namentlich Hof-Ger.O. l. c. §. 5).

Hiernach steht fest, daß aus dem Grund, weil etwa das Verfahren des Appellationsrichters selbst dadurch leiden würde, wenn er Nichtigkeiten des unterrichterlichen Verfahrens nicht berücksichtigt, keine Nöthigung vorliegt, auf solche zu achten.

Dieses wird noch mehr unterstützt, wenn die Ansicht richtig ist, welche in dem (früher üblichen, zu vergl. z. B. Landr. I. Tit. 66 §. 2) Sich-Bedanken für das Urtheil einen

[9] Zu vergl. auch Reinhard System des ger. Verfahrens in Württemberg 1811, S. 337.

Verzicht nicht bloß auf die Appellation, sondern auch auf die Nichtigkeitsbeschwerde erkennt.[10]

Ist hiedurch immerhin noch nicht die Möglichkeit ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber doch noch Nullitäten von Amtswegen berücksichtigt wissen will, so beschränkte sich dieß doch unzweifelhaft auf die Fälle, in welchen Nichtigkeitsbeschwerde selbst in Wirklichkeit erhoben ist; denn eine Bestimmung, daß der Richter auch bei bloßer Appellation Nichtigkeiten von amtswegen zu berücksichtigen hätte, findet sich nirgends.

Es ist aber auch selbst, wenn Nichtigkeitsklage in Wirklichkeit erhoben ist, das Gericht lediglich auf das Vorbringen des Nichtigkeitsklägers als beschränkt zu betrachten, sogar wenn die Nichtigkeiten alsbald ex actis anzuzeigen, ex actis offenbar sind; denn die Bestimmungen des Landrechts und der Hofgerichtsordnung, deren Verfasser die K.G.O. von 1555 sichtbar im Auge gehabt haben, enthalten selbst nicht die Vorschrift des §. 2 der letzteren, wornach bei einer aus den Akten sich ergebenden öffentlichen Nullität, welche in anderer Instanz nicht ratifizirt werden möchte, das Kammergericht auch ohne Vernehmung des Querulaten ex officio hierüber zu sprechen befugt seyn soll.

Die Erklärung hiefür liegt nahe und ist zugleich eine Bestätigung der Auslegung des in der K.G.O. mit den Worten „ex officio" verbundenen Sinnes; bei dem damals in Württemberg üblichen Verfahren gingen die Verhandlungen in Gegenwart des Appellanten und des Appellaten vor sich, es konnte deßhalb vor dem Appellaten eine Erklärung über das Vorbringen des Appellanten und den Inhalt der Akten alsbald eingeholt werden, und war nicht nöthig, den Richter zu einer Verfügung ohne Vernehmung des Gegners Behufs der Abschneidung von Weiterungen zu ermächtigen. Es spricht somit die Hinweglassung der Bestimmung der K.G.O., welche

---

[10] Zu vergl. Schöpff proc. c. 21, §. 1, S. 433, Reinhard, l. c.

sich hierauf bezieht, entschieden für die Auffassung, daß ex officio die Zulassung einer Verfügung ohne litis contestatio des Gegners und Beweis-Nachlaß für ihn bedeute, indem der Richter gleichsam zugleich die etwa mögliche Vertheidigung des Bekl. von Amtswegen besorgte. [11]

Ebendeßhalb, weil über das Verfahren des Richters für den Fall des Vorhandenseyns einer Nullität Nichts bestimmt ist, kann aus diesen gesetzlichen Bestimmungen Würtembergs selbst nicht abgeleitet werden, daß im Fall der Erhebung einer Nullitätenklage eine Aufhebung des Verfahrens und Urtheils nur dann eintritt, wenn entweder die gerügten Mängel eine materielle, im Berufungsweg nicht zu hebende Beschwerde zur Folge hatten oder dieselben nicht in höherer Instanz gehoben werden können. Es geht aus ihnen nur hervor, daß der Gesetzgeber namentlich einer mit der Appellation verbundenen Nichtigkeitsklage nicht günstig war („sollen die Advocaten derselben geschweigen, damit das Hofgericht nicht vergebenlich bemüht und die Sachen aufgehalten werden"); es ist sodann aus der allgemeinen Vorschrift der III. Hofger.-Ordn., „leichtlich die Urtheil, denn ausser red-

---

[11] Schöpff c. 21, §. 7, S. 450, auf welchen sich auch Schütz, Civil-Pr. S. 462 dafür beruft, daß die Nichtigkeitsgründe des Landrechts den höheren Richter berechtigen und verpflichten, auch ohne eine Nichtigkeitsklage von Seiten der Parthei von Amtswegen das unterrichterliche Erkenntniß zu kassiren, stützt diese Ansicht auf keine Rechtsquelle, als die K. G.-O. von 1555 III. 34 §. 2, welche entfernt keinen soweit gehenden Inhalt hat. Es spricht aber auch selbst die Verbindung, in welcher Schöpff die Sache vorträgt, — interdum probatis, si opus est, decernitur Nullitas tamen evidens et notoria in processu, etiam ex officio attendi potest — wenigstens für die Möglichkeit bloß der Behauptung, daß bei solchen die Beweisauflage hinwegfallen soll. Auch ist durchaus nicht ausgeschlossen, daß hiebei die Erhebung einer Nichtigkeitsklage vorausgesetzt ist, indem hiefür nicht bloß die Stellung der Worte, die hiefür citirte Gesetzesbestimmung, sondern auch sonstige Ansichten Schöpffs, wie die über die Wirkung des Sich-Bedankens für das vorrichterliche Urtheil, anzuführen sind.

lichen Ursachen, vor andern unsern Gerichten gesprochen, nit zu ändern", „groß zierlich Solennitäten oder spizfindig Sachen nit annemen, suchen oder gebrauchen", [12] mit welchen die Bestimmungen der IV. und V. Hofger.-Ordn. Theil III. 24 §. 7, 11, 18 übereinstimmen, zu entnehmen, daß dem reinen Formalismus womöglich nicht das materielle Recht geopfert werden solle; es gibt das Landrecht, indem es in I. 56 §. 6 die Nichteinhaltung „der Substantial, wesenlichen Ordnung und Prozesses des Rechten" als Nichtigkeitsgrund erklärt, für diesen Nichtigkeitsgrund einen Anhaltspunkt zum Anschluß an die gemeinrechtliche Doktrin über heilbare Nichtigkeiten im Verfahren.

Ist die an sich legislativ zu billigende Beschränkung der Wirkung von Nichtigkeiten auch im Falle ihrer Geltendmachung gerade für das württembergische Recht nicht aus positiven Bestimmungen abzuleiten, und ließ sich gerade aus der Nichtaufnahme der Bestimmung der K. G. O. im Gegentheil entnehmen, daß das Landrecht und die Hofg.-O. davon ausgingen, daß, da das württembergische Recht die hauptsächlichsten Nichtigkeitsgründe aufgezählt habe, keine Veranlassung zu einer solchen Bestimmung vorhanden sey, so ist um so mehr Grund vorhanden, das gesetzlich vollständig begründete Nichtberücksichtigen von — durch die Partheien im Appellationsverfahren selbst nicht vorgebrachten Nichtigkeitsgründen festzuhalten.

Hiedurch stellt sich sodann der Unterschied zwischen dem Hinwegfallen dieser Nichtigkeiten und dem Beseitigen von sog. heilbaren Nichtigkeiten bestimmt heraus.

Als letztere kann z. B. nie erscheinen der Mangel des rechtlichen Gehörs; ist eine Nichtigkeitsbeschwerde hierauf gestützt, so kann der deßhalb angerufene Richter nicht durch die Einräumung des Gehörs die Nichtigkeit heben, weil dieser Mangel des rechtlichen Gehörs die wesentliche Voraus-

---

[12] Reyscher, Ger. Gesetze IV. S. 150, 151.

setzung zur Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde bildet und er durch die nunmehrige Gewährung des Gehörs nicht das Gleiche bewirken kann, was bei Gehör durch den früheren Richter erreicht worden wäre: unterwerfen kann sich aber der durch die Nichtigkeit Verletzte unbedingt dem Urtheile (zu vergl. l. 3. C. 7. 43), und das Gesetz betrachtet einen Appellanten, welcher den Mangel des rechtlichen Gehörs nicht für sich geltend macht, als einen solchen, welcher sich dem Urtheil insoweit, als es diesen Grundsatz verletzt, für alle Zeiten unterwirft und unterwerfen kann, so daß kein Hinderniß vorliegt, das Urtheil, dessen Nichtigkeit in dieser Beziehung gar nie mehr von Bedeutung werden kann, zur Grundlage der künftigen Entscheidung zu machen.

Die neuere Gesetzgebung hat aber eine Aenderung an diesen Grundsätzen nicht getroffen; es sind namentlich in höherer Instanz die Anträge der Partheien nicht weiter zu erergänzen, als solches schon nach den bisherigen Gesetzen zulässig war. (§. 2, der pr. V.O. vom 22. Sept. 1819.)

Die Beschränkung des Appellanten auf die Appellation auch in Fällen, wo er eine Nichtigkeitsbeschwerde hätte erheben können, ist deßhalb auch jetzt noch in gleichem Umfang maßgebend, wie früher.

Ist hiernach durch das Bisherige für die oben aufgeworfene Frage die Beantwortung gegeben:

> Der Appellationsrichter hat ohne besonderen Antrag der Parthei auf Nichtigkeiten im Verfahren des Unterrichters keine Rücksicht zu nehmen, soweit diese einzig und allein Rechte der Parthei betreffen —

so erscheint eine Ausscheidung von Nichtigkeiten, welche diese Eigenschaft haben, und von solchen, welchen sie nicht zukommt, zur Zeit nicht am Platz, weil nicht von Erledigung dieser Frage allein die Zulässigkeit der mit Ordinationen bezeichneten oberrichterlichen Verfügungen abhängt, vielmehr hiebei noch weiter Folgendes in Betracht kommt.

Als ein über der Willkühr der Partheien stehender Punkt ist nämlich hauptsächlich zu betrachten, inwiefern

überhaupt im Weg der Appellation der höhere Richter angerufen werden kann. Hiebei kommen aber nicht blos die Bestimmungen über Fatalien, Appellationssummen in Betracht, sondern namentlich auch die Beschaffenheit des unterrichterlichen Ausspruchs und die Frage, in wie weit der Oberrichter, falls an sich der Ausspruch Appellation zuläßt, nunmehr ausschließlich die Sache zu Ende zu führen hat oder sie an den Unterrichter zurückweisen kann. Diese Bestimmungen geben somit hauptsächlich ein Gebiet zur Erörterung der Frage, inwieweit Verfügungen in solcher Richtung von Richteramtswegen ohne Antrag der Partei getroffen werden können.

In dieser Hinsicht ist die Gesetzgebung der früheren und neueren Zeit sehr bestimmt zu unterscheiden, doch auch die Kenntniß der ersteren zum richtigen Verständniß der durch letztere getroffenen Aenderungen immer noch von Erheblichkeit.

Appellation war zulässig nach dem Landrecht I. Tit. 69 §. 2 vergl. mit Tit. 70 §. 6, außer von Endurtheilen, von allen Bei- und Vorurtheilen, welche in ihrer Wirkung einem Endurtheil gleich stehen, oder welche Beschwerden zufügen, die in der hauptsächlichen Endurthel und durch von dieser vorgenommenen Ation nicht gehoben werden können, insbesondere bei Beweiserkenntnissen. [13]

War Appellation eingelegt und ausgeführt, so wurde die Sache, soweit appellirt war, und soweit hiebei die Beschwerde ging, vollständig vor den höheren Richter gebracht, welcher selbst bei appellabeln Beiurtheilen, sofern das vorrichterliche Erkenntniß reformirt wird, nicht zur Zurückweisung an den vorigen Richter zu schreiten, sondern die Sache bei sich zu behalten hat. [14]

---

[13] Zu vergl. Schöpff, proc. c. 8, §. 16, S. 208.

[14] Landrecht I. 69, §. 3, V. Hofger.-Ord. III. 23, §. 4. Schöpff proc. c. 13, §. 4, S. 290 ff. nach welchem selbst nach einer kassatorischen Sentenz über ein Beiurtheil das Hofgericht die Sache behalten hat, S. 292.

Aber auch bei **bestätigenden Urtheilen** war jedenfalls die weitere Behandlung durch den höheren Richter gestattet oder doch als zulässig angenommen. [15]

Schon aus diesen Bestimmungen ist ersichtlich, daß die absolute Nothwendigkeit eines Ausspruchs über das materielle Rechtsverhältniß der Partheien durch den Richter früherer Instanzen der Auffassung des Gesetzgebers ferne lag, von den durch die **Natur** der Sache und durch die Zulassung von Nova in höherer Instanz (Landr. I. 68 §. 1) hiefür gegebenen Anhaltspunkten ganz abgesehen.

Es weist aber auf diese Auffassung für die Zeit des I. u. II. Landrechts auch die Bestimmung dieses hin, welches unter dem Titel „Remission und Weisung für das Obergericht sollen bleiben, wie vor alter Herkommen", noch zuläßt, daß, „wenn sich die Richter der Unterngericht in Sachen und Handlungen der Urtheile nicht verstehen noch zu entschließen wissen, sie alsdann dieselbe Sache mit Klag, Antwort und allem Fürwenden für ihr Obergericht ziehen und weisen mögen," (jedoch unbeschadet der Appellation) und, wenn auch das III. Landrecht diese Bestimmung nicht mehr kennt, so enthält dasselbe doch noch in I. 59. §. 3, wie auch die V. Hofger.-Ordn. von 1654. II. 3. §. 4, die Bestimmung, daß gestattet sey, unter Ueberspringung des Obergerichts sogleich an das Hofgericht zu appelliren, („wie wohl vermög' gemeines Recht gradatim das ist von jedem Untergericht an dasselb nechst obergericht zu appelliren.")

Ist diese Bestimmung durch die Instruktion für den II. Senat des Oberjustizkollegium vom 4. Mai 1806 §. 29 aufgehoben worden, so macht überhaupt die Gesetzgebung des IV. Edikts, welche nach den Bemerkungen der Referenten zum 4. Edikt S. 8. die wichtigste Aenderung am bisherigen Verfahren durch den Grundsatz trifft, daß eine Rechtssache mit wenigen Ausnahmen **nur einmal** durch

---

[15] Bei connexen Sachen Schöpff l. c. Landr. I. 73, §. 3, Hofger.-Ord. 1634 III. 24, §. 27.

Appellation an den höheren Richter gebracht werden kann, eine besondere Prüfung der Frage nöthig,

wann hiernach der höhere Richter in der Sache selbst die weitere Verfügung zu treffen hat, wenn diese dem früheren Richter zukommt.

Der zur Zeit der Abfassung des IV. Edikts bestehenden Auffassung des Instanzenverhältnisses entsprechend [16] ist dem IV. Edikt die Forderung zu Grunde liegend zu betrachten, daß in jeder Instanz ein Ausspruch über das materielle Rechtsverhältniß der Partheien zu erfolgen habe, sofern überhaupt die Möglichkeit hiezu nach prozessualischen Grundsätzen vorliege.

Dieses ergibt sich aus §. 150. 151. des IV. Edikts und §. 20 der pr. Verordnung vom 22. Sept. 1819, welcher insbesondere nur davon spricht, daß wenn in einer von dem vorigen Richter definitiv entschiedenen Sache bei dem höheren Gericht ein weiteres Verfahren für nothwendig erkannt werde, dieß regelmäßig in der höheren Instanz einzuleiten sey und mit dem Ausdruck „definitiv entschiedene Sache" offenbar den gleichen Sinn verbindet, welchen das IV. Edikt §. 150. 151, mit dem von „richterlichen Erkenntnissen, wodurch bestimmt, sey es bedingt oder unbedingt, ausgesprochen wird, was in Absicht auf die Materie des Rechtsstreits zwischen den Partheien Rechtens seyn soll."

Daß das Vorliegen eines solchen Ausspruchs wesentliche Voraussetzung sey, ehe das Verfahren in einer Instanz als erschöpft betrachtet werden könne, ergibt sich namentlich aus dem Schlußsatze des §. 20. der pr. Verordnung, vergl. mit §. 151. des IV. Ed., Abs. 2, wornach ein die Klage aus materiellen Gründen abweisendes Erkenntniß zu den definitiven Entscheidungen gerechnet wird, woraus (in Verbindung mit §. 86, 150 insbes. Schlußsatz) mit Bestimmtheit hervorgeht, daß eine endliche Erledigung der Sache aber aus nur formellen Gründen, z. B. wegen Unzuständigkeit

---

[16] Zu vergl. z. B. Gönner, Handbuch III., S. 278.

nie genügt, um bei abweichender Ansicht des Oberrichters die Sache als eine definitiv entschiedene zu betrachten.

Diesem analog sind auch Urtheile über die Nichtzulässigkeit der Appellation oder über die Unzuläßigkeit der Widereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung der Ationsförmlichkeiten aus formellen Gründen nicht als solche Erkenntnisse zu betrachten, durch welche die Sache im Sinn des §. 20. der prov. Verordnung von dem Appellationsrichter definitiv entschieden ist, wenn gleich hier der §. 19. der pr. Verordnung Berufung zuläßt. Liegt nämlich auch in einem solchen Ausspruch stets eine Festsetzung des Rechtsverhältnisses zwischen den Partheien, welches so, wie von dem vorigen Richter es geordnet ist, verbleiben soll, so ist dieß doch nicht das Ergebniß einer Würdigung des materiellen Rechtsverhältnisses, sondern blos einer solchen der Einhaltung oder des Vorliegens bestimmter prozessualischer Erfordernisse; steht nun diese nach der Ansicht des Oberrichters einer materiellen Würdigung in Wirklichkeit nicht im Weg, so ist es nur eine Anwendung des obigen Grundsatzes, daß sodann zunächst der vorige Richter dieser sich zu unterziehen hat. [17]

Steht somit fest, daß nach dem IV. Edikt stets ein Ausspruch über die Materie des Rechtsstreits erforderlich ist, falls ein solcher überhaupt prozessualisch möglich ist, ehe eine Instanz als erschöpft betrachtet werden kann, so ist dafür, worin zum Mindesten dieser Ausspruch zu bestehen hat, was sein Inhalt seyn muß, durch das IV. Edikt und die prov. Verordnung keine Vorschrift gegeben, und liefern namentlich die von der Nothwendigkeit der Einleitung der weiteren Verhandlung vor dem Oberrichter gemachten Ausnahmen keinen besonderen Anhaltspunkt.

Diese geben nur so viel an die Hand, daß an sich in diesen Fällen die Entscheidung des Unterrichters genügt hätte,

---

[17] Zu vergleichen auch Art. 12 des Sportelgesetzes vom 23. Juni 1828.

um die ganze Sache als an den höheren Richter erwachsen und vor ihn vollständig gehörig zu betrachten, daß somit, falls eine Einrede als begründet erkannt wird, eine Verhandlung und noch viel weniger eine Entscheidung über das Begründetseyn der Klage nicht erforderlich ist, daß, wenn ein Anspruch als nicht gerechtfertigt angenommen wird, eine Verhandlung über seine Größe nicht nöthig ist, allein dieß sind nur indirekte Bestätigungen auch sonst durchaus anerkannter Grundsätze. [18]

Von größerer Bedeutung ist, daß der in Z. 1 des §. 20, der prov. Verordnung möglicherweise liegende Eingriff in die Unabhängigkeit der Beurtheilung des Unterrichters jedenfalls nur als eine Ausnahme erklärt ist.

Ein solcher Eingriff liegt allerdings dann nicht in dieser Bestimmung, wenn mit der neueren Ansicht des K. Obertribunals die Verwerfung der Einrede des geendigten Rechtsstreits in höherer Instanz gegen die Ansicht des vorigen Richters als eine der Rechtskraft fähige Entscheidung betrachtet wird, welche, falls keine Appellation ergriffen wird, somit in Rechtskraft übergeht.

Bei dieser Auffassung liegen in einem solchen Fall in Folge der Zulassung der Einrede des geendigten Rechtsstreits durch den Unterrichter eigentlich zwei Rechtsstreitigkeiten vor, wobei es ganz in der Ordnung ist, daß der Unterrichter die rechtskräftige Entscheidung des so zu sagen präjudiziellen Rechtsstreits, welcher über die Einrede des geendigten Prozesses geführt wurde, wie eine andere res judicata auch bei dem neuen Rechtsstreite zu Grunde zu legen hat.

Allein so sehr sich gerade auch aus diesem Grunde diese Ansicht als die legislativ angemessenere darstellt, so läßt doch der §. 6. V. der prov. Verordnung, welcher nach der Ueberschrift vor §. 1. zu den allgemeinen Vorschriften für die in erster und höherer Instanz vorkommenden Prozesse gehört

---

[18] Zu vergl. Bemerk. der Refer. zum IV. Edikt, S. 43, sodann IV. Ed. §. 66, II. 2.

und die §§. 93. 94. des IV. Edikts somit auch auf das Appellationsverfahren der Kreisgerichtshöfe anwendbar erklärt, gerechte Zweifel übrig, ob diese Auffassung durch das Gesetz selbst gegeben ist.

Könnte aber immerhin, falls die Verfügung des höheren Gerichts auch als rein prozeßleitend betrachtet wird, nach dem Inhalt des §. 20, welcher nicht blos die Verhandlung, sondern auch eine neue Entscheidung durch den Unterrichter verlangt, eine Nöthigung für diesen vorliegen, trotz seiner gegentheiligen Ansicht über das Unbegründetseyn des Anspruchs im Endergebnisse über die Zulässigkeit des Klageanspruchs an sich zu erkennen, so ist doch jedenfalls diese Zumuthung an den Unterrichter nach dem Gesetze selbst eine Ausnahme, welche, wie es scheint, nur aus Zweckmäßigkeitsgründen gemacht ist, sodann aber besser auf die Verhandlung beschränkt geblieben wäre, so daß die Entscheidung dem höheren Richter zugekommen wäre. [19]

Jedenfalls berechtigt sie entfernt zu keiner Ausdehnung und gibt uns somit der §. 20. der prov. Verordnung als Erforderniß zur Annahme der Erschöpfung einer Instanz an die Hand das Vorliegen eines Ausspruchs über die Materie des Rechtsstreits, wobei das Erkennen desselben als unbegründet und die Annahme der Nothwendigkeit weiterer Verhandlung durch den Oberrichter für sich allein regelmäßig nicht zur Zurückweisung der Sache an den Unterrichter berechtigt, und ist hiebei in Folge des allgemeinen Grundsatzes

---

[19] Wenn Hufnagel, Mittheil. II. S. 473 ff., welcher die Verfügung gleichfalls als eine prozeßleitende, deren materieller Inhalt für den Unterrichter bei seiner Entscheidung nicht bindend sey, auffaßt, hauptsächlich hiefür geltend macht, daß die Einreden nur als prozeßhindernd hinwegfallen, so hat er, indem er das Erforderniß der Liquidität der Einreden bei der Anbringung aufstellt (S. 476) die Bemerkungen der Referenten zum IV. Edikt S. 31: „Da übrigens das Moment der prozeßhindernden Einreden nicht auf die Schleunigkeit des Beweises gelegt wird rc.“ nicht gewürdigt.

der richterlichen Unabhängigkeit in materieller Würdigung der Prozesse auch gegenüber von den Obergerichten für eine Zurückweisung die Beschränkung zugleich gegeben, daß regelmäßig hiedurch dem Unterrichter die Art der materiellen Würdigung nicht vorgezeichnet werden darf.

Etwas Weiteres für den nothwendigen Inhalt des Ausspruchs ist hierdurch ausdrücklich nicht an die Hand gegeben, in Beziehung auf diesen sind, soweit nicht die prinzipielle Aenderung der Auffassung des Instanzenverhältnisses hierauf bestimmend einwirkt, die sonstigen gesetzlichen Bestimmungen maßgebend, und handelt es sich somit hauptsächlich um die Vereinigung des ersten Grundsatzes mit den aus der neuen Gesetzgebung folgenden Konsequenzen.

Die erste Frage, welche sich hier aufwirft, ist die: gehört zu diesen Konsequenzen nicht gerade die vollständige Beseitigung des bisherigen Grundsatzes, daß der Appellationsrichter ohne besonderen Antrag der Parthei Nichtigkeiten nicht zu berücksichtigen habe, welche bloß Rechte der Partheien betreffen.

Die Annahme einer solchen Beseitigung müßte den Bestimmungen des IV. Edikts und der pr. V.O. den Sinn unterlegen, daß sie zur Erschöpfung einer Instanz als wesentlich durch die Gerichtsorganisation und nicht allein im Interesse der Partheien geboten erachten die Erledigung nicht bloß durch einen Ausspruch über die Materie des Rechtsstreits überhaupt, sondern durch einen auch vollständig in den gesetzlichen Formen des Verfahrens herbeigeführten Ausspruch.

Allein eine solche Verwandlung des Prozeßrechts in ein der Disposition der Partheien ganz entzogenes liegt entfernt nicht in den Prinzipien der neuen Gesetzgebung; im Gegentheil, wenn das Erforderniß feststeht, daß, sofern prozessualisch möglich, die Partheien in jeder Instanz einen Ausspruch über die Materie des Rechtsstreits zu erhalten haben, liegt viel eher Grund vor, dem Nichtigen des Verfahrens in einer Instanz, dem Mangelhaften eines Urtheils geringere

Wirksamkeit beizulegen, dasselbe nicht selbst gegen den Willen der Partheien zu berücksichtigen.

Gab man ihnen früher ohne ihren ausdrücklichen Antrag möglicherweise nur Ein Urtheil über die Materie des Rechtsstreits, selbst wenn die Akten früherer Instanzen Nichtigkeiten enthielten, so ist doch jetzt, wo sie im Weg der bloßen Appellation drei Urtheile über das materielle Rechtsverhältniß erhalten können, sicherlich kein Grund vorhanden, die Wirksamkeit von Nichtigkeiten zu erhöhen.

Müßten solche Gründe zurücktreten, wenn das Gesetz selbst einen andern Grundsatz enthalten würde, so gibt doch dieses in Wirklichkeit einen solchen nicht an die Hand. Er ist namentlich nicht in §. 157 des IV. Edikts ausgesprochen: denn wenn hiernach der höhere Richter die Gesetzmäßigkeit des Rechtsgangs in erster Instanz ebensowohl, als die Konsequenz und Richtigkeit des Haupturtheils zu prüfen hat, so zeigt die hieraus gezogene Folgerung, daß hiedurch noch alle im Laufe des Prozesses zugefügten Beschwerden wieder aufgehoben werden können, deutlich, daß hiemit nur ausgedrückt werden wollte, daß einer solchen Prüfung nirgends eine Rechtskraft der unterrichterlichen Verfügungen im Wege stehe.

Die Wege und Mittel der Wiederaufhebung der Beschwerden sind nicht bezeichnet; dagegen enthält gerade der §. 20 den hier gewöhnlich zu betretenden Weg und erwähnt die pr. V.O., die bei einer Auslegung des §. 157 des IV. Edikts, wie die bezeichnete, häufig in Frage kommende Aufhebung des vorrichterlichen Verfahrens hiebei gar nicht. Wollte das IV. Edikt hiemit der Appellation stets die Wirkung einer hiemit verbundenen Nichtigkeitsbeschwerde für die aus den Akten I. Instanz hervorgehenden Nichtigkeiten geben, so hätte sie zumal bei dem bisher bestandenen Rechte sich anders ausdrücken müssen; dagegen erklären das IV. Edikt §. 159 und die Bemerkungen der Referenten hiezu, daß die Nichtigkeits-Klage nach den bestehenden Rechtsgrundsätzen zu behandeln sey, und lassen die letzteren eher auf die Absicht einer Beschränkung, als die einer Erweiterung schließen. Gehört aber

nicht zu den bestehenden Rechtsgrundsätzen über die Nichtigkeits-Klage wesentlich der für die Frage über Berücksichtigung der Richtigkeiten von Amtswegen so erhebliche Satz, daß im Fall der Ergreifung und Durchführung der Appellation die Nichtigkeits-Klage incidenter anzubringen sey, wenn überhaupt sie geltend gemacht werden will?

Ebenso wenig kann als Grund für die Berücksichtigung von Nichtigkeiten von Amtswegen dieß angeführt werden, daß aus verschiedenen Bestimmungen, insbesondere §. 20 der pr. V.O. vom 22. Septbr. 1819, die Ansicht des Gesetzgebers hervorgehe, daß die Verhandlung von Rechtssachen regelmäßig schneller und angemessener im Wege des für die Bezirksgerichte vorgeschriebenen Verfahrens erfolge; denn aus solchen Gründen der Zweckmässigkeit würde nur etwa die Führung der Verhandlung durch das Bezirksgericht im Auftrag des höheren Richters folgen, nicht aber die Aufstellung eines Prinzips, zu dessen Folgen verschiedene außerdem überflüssige Weiterungen gehören.

Liegt somit in den Konsequenzen der neueren Gesetzgebung keine Beseitigung des früheren Grundsatzes, so wird durch sie das Gebiet der Berücksichtigung von Nichtigkeiten oder auch nur Gesetzwidrigkeiten des unterrichterlichen Verfahrens, ja selbst von bloßen Reflexionsfehlern von Amtswegen doch erweitert, insofern das vorrichterliche Urtheil wenigstens einen solchen Inhalt haben muß, daß es irgend eine materielle Entscheidung des unter den Partheien im Streit befangenen Rechtsverhältnisses enthält, um dem Appellationsrichter die Sache als an ihn im Appellationswege erwachsen betrachten lassen zu können.

Gehen wir zur näheren Bestimmung, welche Erkenntnisse diesem Erfordernisse nicht entsprechen, und welche Nichtigkeitsgründe sonst nicht bloß als die Rechte der Partheien berührend zu betrachtend sind, die in dem Archiv I. S. 54—105 aufgeführten Fälle durch, so wird uns hiebei auch die Gelegenheit dargeboten werden, die Behandlung von an sich nicht zuläßigen Ationen als Beschwerden zu erwähnen.

Die Form des Verfahrens, ob insbesondere bei solchen von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkten Gehör des Appellaten nothwendig ist, bleibt späterer Erörterung vorbehalten; dagegen liegt eine Ausführung über die Verfügungen, falls die Parthei selbst Nichtigkeitsbeschwerde allein oder solche mit der Appellation erhebt, überhaupt außerhalb des Bereichs der gestellten Aufgabe.

Zu I. 1) führt die oben gegebene Auffassung der pr. V.O. gleichfalls zu der Zurückweisung der Sache an den vorigen Richter unter den hier bezeichneten Umständen, wobei die Form des Verfahrens später zur Sprache kommen wird.[20]

Zu I., 2, a) Der Grundsatz, daß der Oberrichter befugt sey, eine vom Richter voriger Instanz gemachte Eidesauflage, wenn auch keine Beschwerde dagegen erhoben worden sey, in dem Falle ex officio zu verwerfen oder anders zu bestimmen, wenn es nach seinem Urtheil auf den Beweis des Umstandes, worauf sich die Eidesauflage bezieht, ganz und gar nicht ankomme, enthält eine Erweiterung der Befugnisse des Oberrichters, welche sich nicht auf das Prinzip der Berücksichtigung von nichtigem oder auch nur gesetzwidrigem Verfahren des Unterrichters von Amtswegen gründet, da die Auflage des Eides durch den Unterrichter in der gesetzlichsten Weise erfolgt,

---

[20] In dem Falle S. 55 unten, S. 56 oben ist wohl gegen die Vorschrift des §. 19 der pr. V.O. eine außergerichtliche Beschwerde als statthaft angenommen worden.

In dem Falle Seite 56 unten, S. 57 oben, soweit er sich aus dem Gegebenen beurtheilen läßt, lag, sofern das Oberamtsgericht selbst nicht durch Erkenntniß die Ordnung als vertragsmäßig festgestellt bereits erklärt hatte, nur eine außergerichtliche Verfügung in der Annahme der Erledigung der Gantsache, als durch Vergleich erfolgt vor. Die eingelegte Appellation hätte wohl auch als Rekurs behandelt, und das Oberamtsgericht angewiesen werden können, über die Frage, ob eine Uebereinkunft vorliege, ein Erkenntniß zu fällen, wobei sich im Fall der Verneinung die Nothwendigkeit der Fällung eines Lokationserkenntnisses von selbst ergeben hätte.

und das Urtheil auch durchaus vollständig seyn kann. Es kann dieselbe deßhalb hier unerörtert bleiben. Von Erheblichkeit ist hieher, wie zu I., 2. b. u. c. nur das Verfahren, worauf später zurückzukommen ist.

Zu I. 2, d. Die prozessualische Unzulässigkeit einer Klage ist sicher ein Punkt, welcher durch die namentlich einseitige Disposition des Anten nicht beseitigt wird; beschwert sich somit der Appellant auch nur über das Materielle, so ist hiemit an den Oberrichter die Prüfung der Frage, ob die Klage prozessualisch zulässig sey, auch erwachsen.

Es kann aber allerdings ein Verhalten beider Partheien möglicherweise eine sonst unzulässige Klage zu einer statthaften machen, eine Frage, deren Erörterung hier zu weit führen würde.

Dagegen liegt hier wohl nirgends ein Grund vor, bei bloßer Ergreifung von Appellation eine Aufhebung des vorrichterlichen Erkenntnisses statt einer Abänderung beziehungsweise einer modifizirten Bestätigung auszusprechen, da eine Nichtigkeit hierin nothwendig durchaus nicht liegt, und dieß, daß die nach der Ansicht des Oberrichters richtige Verfügung in Form eines Dekrets zu treffen gewesen wäre, nicht bestimmend seyn kann, weil hiedurch der wirkliche Gehalt der oberrichterlichen Verfügung selbst nicht alterirt wird. [21]

Bei I., 2, e, scheint die Verfügung der früheren Richter eine rein prozessualische gewesen zu seyn.

Zu I., 2, f. führt auch die bisherige Ausführung auf die Unzulässigkeit einer Zurückweisung, da die Entscheidung der Frage der aktiven und passiven Sachlegitimation richtiger Ansicht nach nicht bloß eine prozeßleitende Verfügung, sondern eine die Materie des Rechtsverhältnisses selbst betreffende ist, somit das unterrichterliche Erkenntniß, welches ihr Vorhan-

---

[21] Nach dem Inhalt des unterrichterlichen Erkenntnisses war auch ein Sportelansatz begründet, und könnte nur nach Analogie der Z. 6 des Sporteltarifs bei Urtheilen für das oberrichterliche Erkenntniß bloß die Hälfte der Sportel etwa gerechtfertigt seyn.

densein verneint, ein solches ist, durch welches diese Instanz erschöpft ist.[22]

Eine Zurückweisung der Sache an den Unterrichter vor rechtskräftiger Erledigung der Frage würde einen Eingriff in seine richterliche Unabhängigkeit enthalten und ist nach solcher Erledigung nur unter den Voraussetzungen des §. 20 der pr. V.O. Z. 2 zulässig.[23]

Zu II. 1) Daß, falls nicht gerade in der Nichterhebung der Nichtigkeitsbeschwerde eine Prorogation des unzuständigen Gerichts als gelegen anzunehmen, und eine solche an sich zulässig ist, der Appellationsrichter berechtigt und verpflichtet ist, die Unzuständigkeit des materiell erkennenden Richters zu berücksichtigen, kann keinem Anstande unterliegen. Denn, wenn Prorogation nicht gestattet ist, so ist das Erforderniß eines erstinstanzlichen Erkenntnisses nicht erfüllt, und wird deßhalb die eigene Zuständigkeit des Appellationsrichters hiedurch nothwendig mit in Frage gezogen.

Daß nun die hieher auch zu rechnende Unzulässigkeit einer neuen Klage in höherer Instanz nicht bloß durch die Rücksicht auf den Beklagten erklärt ist, ist wohl anzunehmen, obgleich in früherer Zeit hierüber Zweifel bestanden.[24]

Gerade aber in dieser Beziehung ist jedenfalls durch das Eingreifen der neueren Gesetzgebung der öffentliche Charakter dieser Vorschrift anzunehmen.

Eine Aufhebung des unterrichterlichen Erkenntnisses ist, da eine Nichtigkeit nach Landrecht III. 56 §. 4, 8 hierin liegt, jedenfalls nicht ungerechtfertigt. Eine Unterscheidung, ob der Richter in „offenbarem Irrthum Rechtens“ seine Ge-

---

[22] Zu vergl. auch Erlaß des K. Obertribunals; vom 15. Aug. 1843. II. Ergänz.-Bd. S. 40. 41.

[23] S. auch Archiv I. S. 97.

[24] Zu vergl. Schoepff, proc. c. 13, §. 6. S. 297, wo zugleich auf den Wortlaut des Landrechts, welcher in I. 68. §. 2 in großem Umfang Klagänderung zuzulassen scheint, aufmerksam gemacht ist. In letzterer Beziehung s. auch Hufnagel, Mittheil. II. S. 655 ff.

richtsbarkeit oder Zuständigkeit als zutreffend betrachtet hat oder nicht, ist durch diese Stellen nicht gemacht.

Zu II. 2). Sofern über das Recht einer Parthei eine Entscheidung getroffen ist und nun getroffen werden soll, welche in diesem Rechtsstreite gar nicht vertreten ist, können die Handlungen der in demselben in Wirklichkeit auftretenden Personen auch nicht irgendwie in Betracht kommen. Der Ehemann, welcher in nicht gehöriger Vertretung seiner Ehefrau einen diese betreffenden Rechtsstreit geführt hat und Berufung ergreift, hat ohne Bestätigung dieser Handlung durch seine Ehefrau hiezu so wenig Befugniß, als zur Vertretung der Ehefrau bei dem unterrichterlichen Verfahren; es ist deßhalb die Sache in Wirklichkeit nicht an den höheren Richter erwachsen: die Zurückweisung der Berufung geschieht sodann allerdings aus Gründen, welche den Rechtsbestand des unterrichterlichen Erkenntnisses selbst in Frage stellen, allein insolange dieses nicht durch hiezu in Wirklichkeit berechtigte Personen angefochten ist, liegt für den Richter kein Grund zu irgend welcher Verfügung vor. Ein solcher könnte darin gefunden werden, daß der Ehemann zur Erwirkung einer solchen Verfügung wohl befugt sey, und daß, falls die Nichtigkeit des Urtheils später geltend gemacht werden wollte, der betreffende Richter über die Möglichkeit der Vertretung der Ehefrau durch den Ehemann anderer Ansicht seyn könnte; allein falls der Ehemann die Rechte der Ehefrau vollständig im bisherigen Verfahren gewahrt hat, steht noch sehr in Frage, ob eine solche Verfügung im wirklichen Interesse der Ehefrau liegt, und kann sie durch Rechtsmittel jedenfalls zu Weiterungen führen; in zweiter Richtung aber hat ein Richter sich um später etwa mögliche Entscheidungen nicht zu kümmern, und wird die frühere Verfügung immerhin einen Restitutionsgrund für die spätere Zulässigkeit einer durch die Ehefrau selbst sodann erhobenen Berufung geben, falls die Nichtigkeisklage unbegründet erfunden würde.

Eine Ordination kann allerdings zu einem kürzeren Verfahren führen, aber rechtlich läßt sich die Sache nur, wie

geschehen, konstruiren: die Nichtigkeit überragt nicht nur das Dispositionsrecht der handelnden Personen, sondern der Richter ist überhaupt hier durch eine gar nicht hiezu berufene Person (einen Dritten) angerufen.

Liegt in letzterer Beziehung kein Hinderniß vor, sind Diejenigen, gegen welche das Urtheil gerichtet ist, auch bei der Berufung gehörig vertreten, so wird, falls die Geltendmachung der nicht gehörigen Vertretung in früherer Instanz erfolgt, hierin der Mangel genügenden Gehörs liegen; und ist dort davon zu handeln, in wie weit ein solcher nur im Wege der Appellation mittelbar hervorgehobener Mangel zu berücksichtigen ist.

Im letzteren Falle (S. 83) war in der Aenderung des Subjekts des Klägers in II. Instanz eine unzulässige Klageänderung enthalten,[25] welche nach dem Obigen außerhalb des Dispositionsrechts der Partheien lag.

In dem Falle S. 84 war die Berufung hinsichtlich des Antheils der Kinder durch die Mutter nicht genügend und somit nur für den der Mutter giltig: die Sachlage hätte nach Allem genügende Veranlassung dargeboten, für eine hinreichende Vertretung der Kinder zu sorgen, und wäre von einem Verhalten dieser die weitere Verfügung abhängig gewesen. Hätten die Vertreter der Kinder die bisherigen Handlungen der Mutter genehmigt, so wäre für eine Entscheidung im Weg der Oberberufung kein Hinderniß vorgelegen: außerdem wäre sodann die Nichtigkeitsklage der Kinder und die Oberberufung der Mutter zu erledigen gewesen, wobei wohl im Fall des Begründetseyns der ersteren auch ein Anschließen der Mutter für ihren Antheil zulässig gewesen wäre, weil nach dem Sachverhalt in Folge des Hinwegfallens des Inhalts des Urtheils in Beziehung auf den Antheil der Kinder dasselbe auch für den der Mutter einen unter L.R. I. 56 §. 9 fallenden Inhalt gehabt hätte.

Zu II. 3. Der erste Fall läßt ohne Kenntniß der Be-

---

[25] Zu vergl. Gönner, Handbuch I. S. 493 ff.

schaffenheit der Mängel kein Eingehen zu, und im zweiten Fall erscheint das Ungerechtfertigte der getroffenen Verfügung zweifellos.

Der Mangel genügenden Gehörs für sich allein, ohne daß er von den Partheien zum Zweck der Aufhebung des vorrichterlichen Verfahrens geltend gemacht ist, berechtigt nach den hier aufgestellten Prämissen nicht zu einer Aufhebung des vorrichterlichen Verfahrens; die Vorschriften in dieser Richtung sind zu Gunsten der Partheien gegeben, das Erforderniß des Vorliegens eines richterlichen Erkenntnisses ist erfüllt, es liegt deßhalb kein Hinderniß vor, den Partheien die Befugniß einzuräumen, sich auf die Würdigung des nicht beachteten oder erst jetzt erfolgten Vorbringens durch den Oberrichter zu beschränken und, falls keine Nichtigkeitsklage hierauf gegründet wird, nach den Vorschriften des Landrechts und der Hofgerichtsordnung auf solches als Nichtigkeitsgrund keine Rücksicht zu nehmen.

Nur wenn hiedurch ein sonstiger Mangel entsteht, welcher die Möglichkeit einer Ationsinstanz überhaupt beeinträchtigt, wenn z. B. die Klage, welche durch einen nicht Bevollmächtigten erhoben ist, ganz anders gestellt werden will, liegt hierin die Nothwendigkeit der Berücksichtigung; allein es ist sodann der Grund nicht der Mangel des Gehörs, sondern das Nichterkennen des Unterrichters über den wirklichen Streitpunkt, der Mangel der Identität des Rechtsstreits in I. und II. Instanz.

B. II. 4 a, c, e und A. III. (S. 52 ff.)

In Beziehung auf unvollständige Urtheile sind verschiedene Fälle zu unterscheiden:

I. Das Urtheil enthält gar keinen Ausspruch über den vorliegenden Streitgegenstand in der Hauptsache.

II. Das Urtheil enthält einen Ausspruch über den vorliegenden Streitgegenstand, ist aber in Beziehung auf diesen nicht vollständig.

III. Das Urtheil enthält über Einen Streitpunkt einen vollständigen Ausspruch, es ist aber zugleich hiemit

1) über weitere Streitpunkte eine Verfügung verbunden, indem diese

a) zum besonderen, aber eigenen Verfahren, oder

b) wegen Unzuständigkeit vor einen anderen Richter verwiesen oder

c) als prozessualisch unstatthaft angenommen werden.

2) Eine solche Verweisung von weiteren Streitpunkten ist nicht ausgesprochen, wohl auch nicht beabsichtigt, vielmehr aus Uebersehen nicht über den ganzen Umfang des Streitgegenstandes erkannt.

Zu I. (Hierher gehören die Fälle 4. c).

Hier ist im Geiste der Bestimmungen des IV. Edikts und der pr. V.-O. gelegen zu betrachten, daß ein solches Erkenntniß ein vorinstanzliches nicht zu repräsentiren vermöge, wollten die Partheien auch es als solches gelten lassen; denn, wenn auch der Richter einen Ausspruch über das im Streit befangene Rechtsverhältniß geben wollte, so ist hiemit ein solcher auch nicht entfernt gegeben, und wäre die Zulassung der Fortverhandlung auf Grund dieses Urtheils der Gestattung des Ueberspringens einer Instanz gleich, welches in Beziehung auf den Klaganspruch wenigstens nicht zulässig ist. Die Unabhängigkeit des Unterrichters leidet hiebei nicht, er hat ja über das nunmehr von ihm abzuurtheilende Rechtsverhältniß vorher keinen Ausspruch gegeben und hat nur die übrigens selbst noch durch Erklärung der Partheien möglicherweise zu modifizirende Feststellung des eigentlichen Streitgegenstandes durch den Oberrichter anzuerkennen. Es hat hier die Berufung von selbst die Wirkung der Nichtigkeitsklage. (L.-R. I. 56 §. 5.)

Zu II. In diesen Fällen enthält das Urtheil eine Entscheidung über den Streitgegenstand, umfaßt ihn nur nicht vollständig.

Sofern hier die Klage selbst, wie sie erhoben ist, prozessualisch unzulässig ist, gehört dieser Fall zu den früher aufgeführten (I. 2. d., wie z. B. der Fall S. 91, 92), es ist hier das Urtheil vollständig gegenüber von der Klage; daß

es keinen vollziehbaren Ausspruch enthält, wird hier durch die Annahme der Zulässigkeit der Klage überhaupt herbeigeführt. Sodann ist möglicherweise durch die unvollständige Entscheidung eine solche über ein ganz anderes Rechtsverhältniß gegeben, in welchem Falle sie zu 1 zu stellen ist. Oder es ist ein Theil des Streitgegenstandes als in diesem Prozesse nicht verfolgbar angenommen (hierauf und das Nachstehende läßt sich der Fall S. 92 zurückführen), oder es ist das zwischen den Partheien festgesetzte Rechtsverhältniß nicht genügend, namentlich nicht für alle nach dem Inhalt der Entscheidung denkbaren Eventualitäten bestimmt. (Hierher gehören die Fälle 4 a). Dafür daß dieß, daß der Ausspruch hier nicht stets vollziehbar ist, nicht in Betracht zu kommen habe, könnte man geltend machen, daß ja gerade die Absicht der Appellation ist, an der Stelle dieses Erkenntnisses ein anderes zu erhalten, und der Appellant, wenn es ihm nur an der Festsetzung dieses Punktes zunächst durch den Unterrichter gelegen gewesen wäre, die Nichtigkeitsbeschwerde hiemit hätte verbinden können.

Dennoch ist richtiger, hiebei folgende Unterscheidungen zu treffen:

1) Ein auf Eid lautendes Erkenntniß ohne Bestimmung seiner Folgen ist bei Eideszuschiebungen nach §. 115 IV. des IV. Edikts der Sache nach nur ein Bescheid, und ist die analoge Behandlung von nothwendigen Eiden nach §. 147 des IV. Edikts ganz wohl gegründet; es ist deßhalb die Appellation noch gar nicht erwachsen. Eine faktische Frage ist aber, ob nicht doch das Urtheil, z. B. nach den Entscheidungsgründen, hiemit Folgen verbindet.

2) Wenn das Urtheil an sich wenigstens in einem Punkte Bestimmtheit hat, so ist entscheidend, ob das, worüber das Urtheil der Bestimmtheit entbehrt, zu solchem Vorbringen gehört, dessen Geltendmachung erst in höherer Instanz nicht zulässig ist: im Bejahungsfalle ist Ergänzung nöthig, im Verneinungsfalle ist der Instanzengang kein Hinderniß, das Vorbringen erst als bei dem höheren Richter angebracht be-

handelt zu verlangen, und wird dieß in der Nichtergreifung einer Nichtigkeitsbeschwerde regelmäßig als gelegen zu betrachten seyn.[26]

---

[26] Als nähere Ausführung hiefür mögen dienen, das in Sarwey Monatschrift V. S. 378 enthaltene Erkenntniß und der in Sarwey Archiv I. S. 92 behandelte Fall.

Bei ersterem Erkenntnisse, bei welchem gleichwie nach Sarwey Archiv I. S. 109, eine Ordination hiernach als unbegründet angenommen wird, wurde die Begründung nicht auf die Ansicht des Oberrichters über die Nothwendigkeit des Eids gestützt, obgleich in der Annahme, daß diese entscheidend seyn könne, bereits zugleich das Anerkenntniß liegt, daß sich die Partheien an sich bei einem solchen Erkenntnisse, als Grundlage für die Appellation beruhigen können, und daß der Instanzengang nur dann hindere, wenn auch nach der Auffassung des rechtlichen Verhältnisses durch den höheren Richter hier eine Lücke bestehe. Folgen waren in diesem Erkenntnisse mit dem Eide verbunden, und zwar im Fall der Eidesverweigerung ganz bestimmte, im Fall der Eidesleistung eine vollständige Grundlage für den weiteren Rechtsstreit, für welchen die Streitfrage ganz genau bestimmt war. Es lag hier nun möglicherweise ein Verstoß gegen die Vorschrift des §. 66 II. vor, wornach mehrere bei einem Gegenstande zwischen denselben Partheien vorkommende Streitpunkte in der Regel gleichzeitig mit einander verhandelt und entschieden werden sollen; die Frage, ob sich der Beklagte nur als Bürge verbindlich gemacht habe, wenn wenigstens noch — 5,936 fl. Güterzieler ausständig und zu erheben seyen, und die Frage, ob noch so viele ausständig seyen. Der Ausspruch über die erste Frage ist vollständig, die zweite ist zu besonderem Verfahren verwiesen. Konnte die Frage in II. Instanz überhaupt nicht erst angebracht werden (gehört sie zum Klagfundament, über welches der Unterrichter selbst nach seiner Auffassung der Sachlage zu erkennen hatte), so war eine Zurückweisung an den vorigen Richter nöthig, sie konnte aber auch in II. Instanz überhaupt erst geltend gemacht werden, da sie nur zur Begründung der Einrede des Betrugs, beziehungsweise zur Einwendung der erklärten Bürgschaft unter einer Bedingung gehörte, die Nothwendigkeit einer vorgängigen erstinstanzlichen Entscheidung lag deßhalb nicht vor.

In dem Fall S. 92 ist der Anspruch der Klägerin auf unbeschränkte Feststellung der Kirchenbaupflicht der Beklagten als unstatthaft erklärt, im Uebrigen die Beklagte als an sich baupflichtig angenommen, ihre Verpflichtung aber, falls noch weitere Bau-

Zu III. 1 a). (Hierher gehören die Fälle S. 53, Ordination vom 3. Oktober 1845 ꝛc.)

Ist sich in solchen Fällen durch die Parthei selbst entweder allein oder in Verbindung mit der Appellation wegen der anderen Punkte beschwert, indem nach ihrer Ansicht über sämmtliche Streitpunkte in einem Verfahren zu erkennen gewesen wäre, so liegt lediglich die Beschwerde über eine prozeßleitende Verfügung vor, welche hauptsächlich nach den in §. 66 des IV. Edikts enthaltenen Bestimmungen zu beurtheilen ist: wird sie hienach als begründet erkannt, so können hiedurch die bereits entschiedenen Streitpunkte nicht in Frage gestellt werden; die etwa ergriffene Appellation wird sistirt.

Ist sich nicht beschwert über die Verweisung zum besonderen Verfahren, aber ein Rechtsmittel hinsichtlich der übrigen Punkte eingelegt, so besteht für den Oberrichter hinsichtlich seines eigenen Verfahrens die Vorschrift des §. 66 des IV. Edikts, insbesondere II., daß mehrere bei einem Gegenstande zwischen denselben Partheien vorkommende Streitpunkte in der Regel gleichzeitig mit einander verhandelt und entschieden werden sollen, nicht; denn der Richter hat der Vervielfältigung der Prozesse nur, so viel an ihm ist, entgegenzuarbeiten, hier ist aber die Vervielfältigung durch den

---

pflichtige vorhanden seyn sollten, als eine nur verhältnißmäßige bestimmt.

Der Ansicht in Sarwey Archiv I. S. 109 entsprechend, würde hier kein Grund zur Ordination vorliegen, wenn der höhere Richter der Ansicht wäre, daß eine Baupflicht der Beklagten überhaupt nicht bestehe, da sodann vom Standpunkt des Oberrichters das Erkenntniß keine Lücke haben würde. Nach der hier aufgestellten ist stets Ordination erforderlich, denn der den Streitgegenstand bildende Anspruch auf unbeschränkte Baupflicht, welcher auch in Folge einer bloßen Appellation der Beklagten den Gegenstand der Entscheidung des Oberrichters bildet, wenn auch nur mit bestimmter Festsetzung des Verhältnisses zu Mitpflichtigen, kann ohne vorgängige Erledigung desselben in I. Instanz nicht in die höhere gebracht werden; in I. Instanz ist es aber aus prozessualisch unzulässigen Gründen nicht erledigt.

Willen der Partheien gegeben, welche sich bei der Verfügung des Unterrichters beruhigen.

Es kann deßhalb hier nur, sofern diese Trennung auf die Verhandlung des nunmehr in der Appellationsrichtung anhängigen Rechtsstreits von Einfluß ist, dem Oberrichter eine Kognition zukommen; er ist regelmäßig hier zu keinem Einschreiten befugt, wenn auch ein Zusammenhang zwischen den verschiedenen Streitpunkten besteht, außer dieser wäre von der Art, daß zum Erkenntnisse über die bereits entschiedene Sache die vorgängige Entscheidung über die andere Sache durchaus erforderlich ist, z. B. A. beansprucht gegenüber von B. das Eigenthum einer Sache und eventuell die Nutznießung; der Eigenthumsstreit ist ausgesetzt und über die Nutznießung erkannt; so lange nun A. noch das Eigenthum beansprucht, ist die Legitimation des B. jedenfalls gar nicht hergestellt. [27]

Zu III. 1. b (Fälle S. 53. Erkenntniß vom 16. Februar 1842. S. 90 d.)

Ist der vor einen anderen Richter verwiesene Streitpunkt ein selbstständig zu verfolgender Anspruch, so ist ohne Beschwerde eine Verfügung des Oberrichters nicht gerechtfertigt, da das Verhalten der Partheien durchaus nichts gesetzlich Unzulässiges enthält, die Trennung aber sodann nicht durch den höheren Richter selbst herbeigeführt ist. Wird aber, wie bei Einwendungen, die Streitsache selbst in eine Instanz unzulässig zurückgewiesen, so wird, wenn nicht bestimmt von dem Apellanten ein Erkenntniß des vorigen Richters über das von ihm Zurückgewiesene verlangt ist, möglicherweise in der Oberberufung ein Gesuch um sofortige Berücksichtigung der Einreden in dieser Instanz gelegen seyn, welchem sodann bei der Vorschrift des Landrechts I. 68. §. 1, wornach der Ant dieselben auch erst in dritter Instanz hätte überhaupt vorschützen

---

[27] Zu vergl. über diesen Gegenstand Plank, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozesse, insbesondere S. 497 ff. Der Fall des Bestehens mehrerer Streitfragen in demselben Prozeß, welche getrennt wurden, ist bereits zu II. behandelt.

können, kein Hinderniß im Wege steht. Das Gleiche kann sodann bei bloßen als Verbesserung oder Ergänzung zu betrachtenden Anträgen des Klägers stattfinden.[28]

Das Verhalten der Partheien kann aber möglicherweise einen Verzicht auf die Geltendmachung des Zurückgewiesenen überhaupt enthalten.

Zu III. 1, c) (theilweise der Fall S. 92, 93). Sofern die Geltendmachung des auf das Vorbringen Gestützten, welches den nicht erledigten Streitgegenstand bildet, in höherer Instanz für sich nicht zulässig wäre, ist ohne besondere Beschwerde der Appellationsrichter zur Zurückweisung berechtigt; wenn aber dasselbe auch in höherer Instanz erst geltend gemacht werden konnte, so steht auch dem Oberrichter sofort in Ermanglung einer Beschwerde eine Entscheidung hierüber zu (zu vergl. II.).

Zu III. 2) (Die Fälle S. 53, 54). Hier ist das Verhältniß das gleiche, wie zu III. 1 a, nur bedarf es leicht einer Feststellung, ob nicht in Wirklichkeit doch über den äußerlich übergangenen Streitpunkt erkannt ist. Kann nämlich zu dem Inhalt des Urtheils nur dadurch gelangt werden, daß man dem Vorbringen der Parthei (z. B. einer Einrede) keine Beachtung gibt, es für unerheblich erachtet, so ist das Urtheil, so zu sagen, prozessualisch vollständig, wenn auch möglicherweise nichtig und anfechtbar. Ist dasselbe in Wirklichkeit unvollständig, ist z. B. von verschiedenen Klaggründen einer nicht gewürdigt, und war das Eingehen auf diesen auch vom Standpunkt des Unterrichters noch nöthig,[29] so kann in einer solchen Uebergehung eines Streitpunktes keine Nichtigkeit des Urtheils liegen; denn das Urtheil will sich ja über diesen Streitpunkt gar nicht verbreiten, es hat also gar keinen Inhalt in dieser Beziehung, es liegt deßhalb auch kein Hinderniß vor, daß der Richter sein Urtheil ergänze, und

---

[28] Ueber solche auch zu vergl. Linde, Handbuch V. S. 425 f. mit §. 86, 126. Z. 1 des IV. Edikts.

[29] Zu vergl. Heffter, System §. 484. S. 590 ff.

ist deßhalb gleich oben zu unterscheiden. Ueberflüssig kann es vom Standpunkt des Unterrichters erscheinen, weil diesem Klagegrunde auch eine sonst als begründet angenommene Einrede entgegenstehen würde.

(Im Falle S. 54 (28. November 1849) war die im Rechte gegründete Annahme der Abweisung der Nebenforderung bei Uebergehung derselben im Urtheil durch die Entscheidungsgründe beseitigt.)

Möglich ist aber in solchen Fällen leicht, namentlich in Folge der Vorschriften des IV. Edikts, §. 77, 78, daß der Richter verpflichtet war, einen nicht mit Bestimmtheit, aber doch möglicherweise in dem Vorbringen der Partheien liegenden Streitpunkt zum Gegenstand der Instruktion zu machen.

Hier ist, soweit eine Entscheidung vorliegt, welche bereits die Nichtberücksichtigung des Vorbringens enthält, das Gleiche, wie bei einem bestimmt vorliegenden Streitpunkt; es kann sich um Mangel des rechtlichen Gehörs fragen, und hier nach der Art des Vorbringens die Sache alsbald an die höhere Instanz gebracht werden.

Ist aber eine solche Entscheidung nicht als gegeben anzunehmen, so ist auch hier das Nämliche wie zu III. 1 a.

Zu 4 b) Eine Entscheidung über einen dem richterlichen Urtheil nicht unterstellten Streitpunkt, somit ein Erkenntniß, welches mehr enthält, als an sich zulässig ist (ein Fall auch S. 82) ist, wenn hiegegen die Berufung selbst gerichtet ist, außer Wirkung zu setzen; ohne Einlegung der Berufung gegen diesen Theil des Urtheils liegt aber eine Veranlassung für den Oberrichter zur Verfügung nicht vor.

Zu 4 f) Steht das Urtheil mit dessen Entscheidungsgründen im Widerspruch, so liegt im Fall der Erhebung bloßer Berufung kein Grund vor, dasselbe außer Kraft zu setzen, außer es wäre zweifelhaft, ob hiemit in Wirklichkeit ein der Rechtskraft fähiges Erkenntniß beabsichtigt ist, weil hier das Rechtsmittel selbst in Frage kommt. Außerdem liegt ein Ausspruch vor, welcher der Bestimmtheit an sich

nicht ermangelt, und wobei die Zweifel, ob wirklich dieses Urtheil beabsichtigt ist, wegen der Erwartung eines weiteren Erkenntnisses nicht in Betracht kommen.

Zu 4 g) Auch hier liegt an sich kein Grund zur Aufhebung vor, so wenig als im Fall des Landrechts I. 56. §. 11.

Zu 5 u. C.

Die formelle Zulässigkeit der Aufhebung von Ordinationen durch den Oberrichter kann entfernt keinem Zweifel unterliegen.

Es fragt sich aber, in welcher Weise an den Oberrichter zu gehen ist, wornach sich auch die Art der Würdigung dieses bestimmt.

Die Ordinationen, wie sie bisher als zulässig angenommen worden sind, können hauptsächlich folgende Verfügungen enthalten:

1) Die Verwerfung der Appellation, als noch nicht erwachsen wegen des Mangels eines der Rechtskraft fähigen Erkenntnisses über die Materie des Rechtsstreits. Hiemit kann aber eine Verfügung selbst zu Gunsten des Appellanten verbunden seyn, indem z. B. ein die Klage als theilweise prozessualisch unzulässig abweichendes Erkenntniß aufgehoben wird (z. B. in dem Fall S. 92 angenommen, die Verfügung wäre auf Appellation der Klägerin getroffen).

2) Die Erklärung einer Appellation als formell zulässig durch den Oberrichter im Widerspruch mit der Ansicht des Richters II. Instanz.

3) Die Abänderung eines Ausspruchs über die Materie des Rechtsstreits wegen prozessualischer Unstatthaftigkeit des Anspruchs, Unzuständigkeit rc. (I. 2. d.).

4) Die Anweisung des Unterrichters zur Entscheidung eines präjudiziellen Punkts, welcher nicht in höherer Instanz selbst alsbald angebracht werden kann.

Zu 1) ist Appellation unter Voraussetzung der Appellationssumme, Nichtigkeitsklage möglich; es kann aber auch die getroffene Verfügung einen Inhalt haben, welcher

troß der Aufhebung des erstrichterlichen Erkenntnisses einen Gegenstand für einfache Beschwerdeführung bildet.[30]

Dem Grundsatz auf S. 103 ist deßhalb wohl die Einschränkung zu geben, daß, soweit der Gegenstand der Beschwerde auch bei einer Aufhebung des Erkenntnisses lediglich die angeordnete Prozeßleitung betreffe, eine einfache Beschwerde möglich ist, wie dieß sich auch zu 3) ergeben wird.

Zu 2) bei Untergangssachen und, sofern gegen Erkenntnisse des Obertribunals überhaupt Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist, ist diese hier gestattet.

Zu 3) sind zwar nach Analogie des §. 19 der pr. V.O., welcher abweichend vom IV. Edikt auch bei blos formellen Entscheidungen Appellation zuläßt, Rechtsmittel auch gestattet, man wird aber, da hier lediglich prozessualische Fragen (Zuständigkeit, Klageänderung, prozessualische Zulässigkeit der Klage) zur Sprache kommen, auch einfache Beschwerden zulassen müssen.

Zu 4) werden regelmäßig nur einfache Beschwerden zulässig seyn.

Die Form des Erlasses oder Dekrets für solche Verfügungen findet zugleich einen gesetzlichen Anhaltspunkt an dem IV. Edikt §. 15, 2. c., welches, nachdem in a) die gewöhnliche Verhandlung und Entscheidung vorgeschrieben ist, in b) ein Dekret und in c) eine Abänderung durch Ordination für genügend erklärt, womit offenbar eine weniger feierliche Form, die des Gerichtsbeschlusses oder Erlasses, bezeichnet werden will. Von diesen Ordinationen als eigenthümlicher Natur und durch das Gesetz hinlänglich bestimmt, ist aber hier Umgang zu nehmen.

---

[30] Im Fall S. 92 hätte die Beklagte, wenn sie blos die Erklärung der prozessualischen Statthaftigkeit der Klage auf unbeschränkte Erkennung der Baupflicht hätte beanstanden wollen, wäre die Verfügung durch einen Gerichtshof getroffen worden, eine Beschwerde an das Obertribunal gehabt.

In wie weit ein Gehör des Gegners erforderlich ist, wird später noch erörtert werden. Zunächst erscheint nunmehr als Aufgabe, die Aufstellung eines Begriffs von Ordinationen in dem hier als gerechtfertigt angenommenen Umfang zu versuchen.

Derselbe kann dahin festgestellt werden: Ordinationen sind oberrichterliche Verfügungen, welche von Richteramtswegen oder auf Antrag einer Parthei erlassen werden,

1) sofern der Entscheidung des in höherer Instanz anhängigen Rechtsstreits (im Ganzen oder doch in bestimmter, namentlich materieller Richtung) ein Hinderniß dadurch im Wege steht, daß derselbe in vorhergehenden Instanzen noch nicht durch ein an sich prozessualisch mögliches Erkenntniß über seine Materie Erledigung erhalten hat, ein Erkenntniß, welches der Sache nach nicht blos einen Vorbescheid, sondern eine Entscheidung über das Vorbringen der Partheien, dessen Geltendmachung nicht auch noch erst in höherer Instanz zulässig ist, zu enthalten hat, soweit dasselbe nach den prozessualisch nicht zu beanstandenden Prämissen des Unterrichters überhaupt ihm von Erheblichkeit ist; oder

2) sofern von Seiten des früheren Richters über Ansprüche, welche nach der Ansicht des Oberrichters überhaupt nicht oder doch nicht vor diesem Richter oder nicht in diesem Instanzengang zur prozessualischen Geltendmachung geeignet oder zur Verfügung im gerichtlichen Weg nicht bestimmt sind, eine materielle Entscheidung, beziehungsweise eine solche in Form eines Erkenntnisses gegeben worden ist; oder endlich

3) sofern durch die früheren Richter bei verschiedenen Streitgegenständen oder bei einem Streitgegenstand in Beziehung auf verschiedene Streitpunkte (ausdrücklich oder der Sache nach) eine Trennung verfügt ist, während die vorgängige Entscheidung der so unentschieden gebliebenen Punkte zur Würdigung der in Wirklichkeit als entschieden zu betrachtenden unumgänglich nöthig ist, das jenen Streit-

punkten zu Grunde liegende Vorbringen aber nicht erst in höherer Instanz geltend gemacht werden kann, und welche sofort bestehen

zu 1) und 3) in einer Anweisung an den Unterrichter zur Vervollständigung seiner Entscheidung;

zu 2) in einem Außer-Wirkung-Setzen der ergangenen Entscheidung entweder überhaupt oder als einer der Rechtskraft fähigen.

Als Beispiel für letzteres ist zu vergleichen der Gemeinbescheid des K. Obertribunals vom 25. Januar 1853, Z. 1. 5.

Zu 1) enthält die Verfügung regelmäßig die Verwerfung der Appellation als aus Gründen der Instanzenfolge noch nicht an den höheren Richter erwachsen oder die Erklärung der Zulässigkeit einer von einem Unterrichter aus formellen Gründen abgeschlagenen Appellation durch den Oberrichter;

zu 2) ein Setzen einer blos prozessualischen Verfügung an die Stelle des materiellen Erkenntnisses;

zu 3) eine Sistirung der im Gang befindlichen Appellation wegen der für ihre Erledigung nöthigen vorgängigen weiteren Entscheidung.

Zu 1) wird aber, sofern die Parthei auf den Appellationsweg verwiesen ist, während die Entscheidung noch nicht ihn zuläßt, hiemit eine Anweisung des Richters zur Herbeiführung einer der Rechtskraft in Wirklichkeit fähigen Entscheidung verbunden, mithin in den Fällen, in welchen nicht ein selbst blos als formelles Erkenntniß sich ausgebendes (desertorisches ꝛc.) vorliegt. Die Ermöglichung einer solchen weiteren Entscheidung kann leicht zu der Nothwendigkeit des Außer-Wirkung-Setzens der bisherigen Entscheidung, sey es im Ganzen oder theilweise, führen und stehen deßhalb, sowie nach Analogie des §. 19 der pr. V.O. überhaupt dem beschwerten Theile Rechtsmittel zu, welche auch im Fall 2) dem unterliegenden zukommen, übrigens ohne daß dieser hierauf beschränkt ist.

Soweit nach dem Bisherigen eine solche Verfügung für zulässig angenommen wurde, sind wohl sämmtliche Fälle hierunter begriffen; über die Zulässigkeit würde sich, als der sonstigen Begründung einer solchen Maßregel zu ferne liegend, bisher nicht ausgesprochen hinsichtlich des Außer-Wirkung-Setzens oder der Abänderung eines durch den Unterrichter erfolgten Eides, welcher nach der Entscheidung des Oberrichters überhaupt nicht mehr erforderlich oder doch nicht in der von dem Unterrichter festgesetzten Weise erheblich ist.

Will man diese Verfügung, da sie von Richteramtswegen erfolgt, gleichfalls in den Begriff aufnehmen, so erfolgt sie am Besten in der eben bestimmten Weise je zu Z. 2. mit der Bezeichnung einer Abänderung der ergangenen Entscheidung in tantum.

Es erübrigt nunmehr noch, da das Verhältniß der gegenwärtigen Ausführung zu der im Aufsatze im Archiv S. 41 ff. gegebenen wohl keiner weiteren Auseinandersetzung bedarf, weil die meist stattfindende Uebereinstimmung, wenn auch Abweichung in der Begründung leicht, ersichtlich ist,

1) eine Untersuchung, in wie weit solche Verfügungen ohne vorgängiges Gehör der Gegenparthei getroffen werden können und über ihr Verhältniß zu einfachen Beschwerden;

2) die Bestimmung des Verhältnisses des hier gegebenen Begriffes von Ordinationen zu dem von Bolley aufgestellten, woran sich

3) einige Bemerkungen vom allgemeinen Standpunkte anreihen werden.

Zu 1) weil, wenn auch vielfach die Bestimmung des Begriffes von Ordinationen im württembergischen Rechte auf der diesem eigenthümlichen Auffassung des Instanzenganges beruht, doch die Ordinationen des gemeinrechtlichen Territorialprozesses darin mit ihnen übereinstimmen, daß durch sie auch über Fehler des Verfahrens des Unterrich-

ters Bestimmungen getroffen werden können,[31] so erscheint ein näheres Eingehen auf die dortige Annahme einer Verfügung auf blos einseitigen Vortrag als zweckmäßig.

Als Erfordernisse hiezu sind aber zu betrachten, daß kein Zweifel darüber bestehen kann, daß das von dem Appellaten durch die Vernehmlassung zu Erreichende nicht beeinträchtigt wird, daß er daher

a) gegen das für erheblich erachtete Vorbringen des Appellanten nach den Vorakten bereits vertheidigt sey, daß somit die Entscheidung nicht auf neue Thatsachen, welche erst in der Beschwerdeschrift vorgetragen sind, noch auch nur auf neue erst in dieser vorgebrachte Rechtsgründe gestützt werde,[32] daß nirgends ein Grund zur Annahme vorliegt, daß

b) der Appellat durch neue Ausführung und neues Vorbringen das vorige Urtheil werde rechtfertigen können, daß auch

c) kein Grund zu einer Adhäsion des Appellaten vorliege oder doch nur ein solcher, welcher gleichfalls ohne Vernehmung des Appellanten Berücksichtigung finden könne.[33]

---

[31] Zu vergl. Allmendingen Metaphysik des Civilprozesses, S. 192, „Ordinationen bestimmen ohne vorgängige Verhandlung nicht blos das rechtliche Verhältniß der Partheien unter einander, sondern oft auch das Verhältniß der Richterfunktion zur verhandelten Sache". S. aber auch Linde, Handbuch V., S. 102.

[32] Allmendingen, Metaphysik S. 202 verlangt Vernehmung des Appellaten bei irgend welchem neuen Vorbringen des Appellanten in faktischer oder rechtlicher Hinsicht; es ist dieß aber doch zu beschränken auf dasjenige, welches von dem Richter in Wirklichkeit für erheblich erachtet wird, wobei sodann aber auch bei bloßen Rechtsgründen wegen der Gleichheit der Partheienstellung das Gehör des Appellaten richtiger seyn wird, vergl. Allmendingen l. c. S. 205 und Linde Handbuch V. S. 132.

[33] Beispiele für Letzteres sind mehrere im Archiv I. S. 60—66. 69 aufgeführt, bei welchen Aenderungen in Beziehung auf Eidesauflagen zu Gunsten des Appellaten ohne Vernehmnng des Appellanten getroffen sind.

Diesen Grundsätzen entsprechend sind die hierunter im württembergischen Recht fallenden Verfügungen (Archiv l. c. B. I. 1. 2. a—e) um so mehr zu behandeln, als nach der pr. V.O. §. 15. 16. 19 die Vernehmung des Appellaten bei Aenderungen zu seinem Nachtheil ohne ausdrückliche Gestattung einer Ausnahme vorgeschrieben ist.

Zugleich geben sie aber auch einen sicheren Anhaltspunkt für das Verfahren bei sonstigen Ordinationen, welche bisher theils ohne, theils nach Vernehmung des Appellaten getroffen wurden.

Wird durch die Ordination keine bereits von dem Unterrichter gegebene Entscheidung, welche zu Gunsten des Appellaten lautete, außer Wirksamkeit gesetzt, so bedarf es einer Vernehmung des Appellaten nicht, da im Uebrigen nur die Verfügung prozeßleitend ist, oder Entscheidung zum Nachtheil des Appellanten enthält.

Ist aber das Gegentheil der Fall, so ist regelmäßig eine Vernehmung des Appellaten am Platz, weil, wenn auch die ihm günstige Entscheidung des Unterrichters nicht für immer, sey es auch nur für eine Instanz, außer Wirksamkeit gesetzt wird, oder die an ihre Stelle tretende Verfügung nicht das materielle Verhältniß berührt, die Möglichkeit für ersteres immerhin vorliegt, und die letztere stets ungünstiger seyn wird.

Doch wird, wenn, wie meist, das zur Begründung der Verfügung nöthige Faktum, welches in der Regel nur das Vorbringen der Partheien, nicht die Beweisfrage bildet, aus den Akten unzweifelhaft hervorgeht, die Frage über das Begründetseyn der Verfügung somit lediglich eine rechtliche ist, über welche von dem Appellanten nichts von dem Richter für erheblich Erachtetes vorgetragen ist, dem Appellaten der Nachweis schwierig seyn, daß er durch weiteres Vorbringen die Unthunlichkeit oder Unrichtigkeit der getroffenen Verfügung gezeigt hätte.

Wird die Verfügung von Richteramtswegen ohne Antrag einer Parthei getroffen, so wird nur, wenn die In-

tention der Partheien für die Verfügung von Erheblichkeit und diese zweifelhaft ist, eine Vernehmung hierüber unumgänglich seyn; den Partheien Gelegenheit zu besonderer Vertheidigung in rechtlicher Hinsicht zu geben, wird hier, wo durchaus auch keine äußerliche Ungleichheit der Partheienstellung vorliegt, regelmäßig nicht erforderlich seyn. Dagegen ist, da meist die Ordination auf eine nicht gehörige Einhaltung der für das Verfahren und die Entscheidung bestehenden Vorschriften oder eine unangemessene Würdigung der Sachlage durch den Unterrichter sich gründet, Veranlassung zur Einholung eines Berichtes durch den Unterrichter vorhanden, und wird, wenn als nothwendig oder doch zweckmäßig erscheint, den Partheien Gelegenheit zur Aeußerung zu geben, dieß sich am besten an die Mittheilung des Berichtes anschließen.

Bei Beschwerden über blos prozeßleitende Verfügungen kann nur etwas Aehnliches stattfinden, wie bei Rechtsmitteln gegen der Rechtskraft fähige Erkenntnisse: es kann hier der Richter der Ansicht seyn, daß er über solche eine Verfügung zu treffen nicht im Stande sey, sie als unstatthaft erscheine, während der Oberrichter die Meinung hat, daß eine Verfügung auf die Beschwerde zu treffen möglich sey. Hat nun in einem solchen Fall der Oberrichter die Art der Verfügung selbst dem vorigen Richter zu überlassen oder sie selbst zu treffen?

Die Analogie des bei Rechtsmitteln nöthigen Verfahrens spricht offenbar für Ersteres, eine andere Frage ist es aber, ob die eigenthümliche Verschiedenheit beider Beschwerden überhaupt die Annahme einer Analogie hier zuläßt: vom Standpunkt des gemeinrechtlichen Prozesses wird wenigstens das Instanzenverhältniß selbst bei Rechtsmitteln nicht in dem strengen Sinn aufgefaßt, welcher dem IV. Edikt und der pr. V.O. zu Grunde liegt[34] und war diese

---

[34] Zu vergl. überhaupt hierüber Linde Handbuch V. S. 317 ff.

gemeinrechtliche Auffassung auch dem früheren württembergischen Rechte entsprechend, welches bei reformatorischen Interlocutorien den Oberrichter zur Beibehaltung der Sache ermächtigte, beziehungsweise verpflichtete. Dennoch wird das Ausgehen von einer analogen Anwendung der bei Rechtsmitteln geltenden Grundsätze richtiger seyn, weil diesen Grundsätzen überhaupt die Auffassung des Instanzenverhältnisses in einem strengeren Sinn, wie sie zu jener Zeit von Gönner und Grolmann[35] geschah, zu Grunde liegt, diese aber zu der obigen Annahme führt; weil die Möglichkeit, daß der Rechtsstreit nach ergangener Endentscheidung in den höheren Instanzen in Folge von Rechtsmitteln wieder zur Aburtheilung kommt, für die Einhaltung eines analogen Verfahrens gleichfalls spricht.

(s. auch die Fälle im Archiv I. S. 51. 52)

Zu 2) in dem Aufsatze Bolley's S. 431 ff. sind als Fälle von Ordinationen außer den Zurechtweisungen in Folge einfacher Beschwerde aufgeführt:

a) Erkenntnisse über Punkte, welche gar nicht Gegenstand der Klage und der ganzen Verhandlung waren (Z. 3 und 7b);

b) Verwerfung der Appellation aus blos formellen, übrigens offenbar unstatthaften Gründen;

c) vorläufige Zurückweisungen von Appellationen;

d) Verweisung einer Parthei mit dem Restitutionsgesuch gegen einen erklärten Appellationsverzicht an den Richter zweiter Instanz, um die nicht gewährte Appellationsgemeinschaft zu erlangen;

e) Nichterkennen über sämmtliche Beschwerden des Appellanten.[36]

---

insbesondere hierher den S. 331 angeführten Fall eines Exekutiv-Prozesses.

[35] Theorieen des gerichtlichen Verfahrens §. 35, 212. a.

[36] Der Fall 7a läßt in Ermanglung der Angabe, worin die Anweisungen für das weitere Verfahren bestanden sind, keine nähere Bezeichnung zu.

Von diesen Fällen sind nun unter den bisher als zulässig angenommenen nicht begriffen c und d; soferne die etwas allgemeine Bezeichnung zu c namentlich auf Fälle sich beziehen wird, in welchen gegen ein Erkenntniß mit Beweisnachlaß zu frühzeitig appellirt wurde, entspricht es nicht dem obigen Begriffe; es können aber Appellationen gegen Erkenntnisse mit Beweisnachlaß leicht zu Ordinationen im obigen Sinne führen, wenn z. B. der Unterrichter die Partheien zur Appellation anweist und den Ausspruch eines weiteren Erkenntnisses verweigert, obgleich der Appellant den Versuch des Beweises machen will oder gemacht hat. Da heutzutage diese Erkenntnisse nur wenig üblich sind, bedarf es hier keiner weiteren Ausführung.

Auch ist der Fall zu d eine einfache Unzuständigkeitserklärung gegenüber von der Parthei.

In den Entwürfen zu einer Civilprozeßordnung II. S. 326 ff. sind außer den Fällen sub a und e (Ziff. 5), sub b (jedoch nur bedingt, falls noch keine Einlassung in materieller Beziehung vorliegt s. §. 731 b) sub c (nicht ganz kongruent in Z. 2 des §. 1986) zu den Ordinationen noch folgende weiter gestellt, wobei die nur in Folge der gestellten Anträge auf Aenderung des Verfahrens angenommenen hinweggelassen werden.

a) Der Mangel des Vorhandenseyns eines der Rechtskraft fähigen Erkenntnisses, namentlich der Ausspruch der bloß formellen Zulässigkeit der Wiedereinsetzung propter nova, oder gegen ein desertorisches Erkenntniß;

b) ganz perplexe (unverständliche, widersprechende, unmögliche, lächerliche) Erkenntnisse, Erkenntnisse, welche weder eine (bedingte oder unbedingte) Freisprechung noch Verurtheilung enthalten, bloß einen allgemeinen Rechtssatz aussprechen;

c) Beruhen der Beschwerde auf einem Mißverständniß des untergerichtlichen Erkenntnisses durch den Appellanten;

d) Mangelhaftigkeit des ganzen Verfahrens ohne Verschulden des Appellanten in einer Weise, daß ohne eine

ganz neue Grundlage dem materiellen Rechte nicht Genüge geleistet werden kann;

e) Nothwendigkeit eines wesentlich neuen Verfahrens zur Ergänzung des Erkenntnisses wegen darin übergangener Haupt- oder Nebenforderungen;

f) Verhandlung eines für den gegenwärtigen Streit präjudiziellen Punktes noch bei dem Unterrichter;

g) nicht gehörige Besetzung des Untergerichts oder Verletzung der gesetzlichen Vorschriften über Berathung und Abstimmung bei Aussprechung des Enderkenntnisses.

Hervorgehoben wird, daß die Erledigung durch Ordination ohne Verhandlung, sogar ohne bestimmten Antrag einer Parthei erfolgen könne.

Von diesen Fällen sind die sub a, b, e, f, letztere drei mit gehöriger Begrenzung nicht zu beanstanden; dagegen beruht c auf einem beantragten neuen Verfahren, das nichts den bisherigen Ordinationen Gemeinsames hat, ist d zu unbestimmt, und gehört g richtiger Ansicht nicht hierher, weil eine Rücksicht hierauf von Amtswegen nicht zu nehmen ist, und, wenn Nichtigkeitsbeschwerde erhoben ist, eine Aufhebung des Erkenntnisses auf diesem Weg einzutreten hat.

Aus Vorstehendem ergibt sich, daß zwar auch in der Auffassung Bolley's bereits sich das Bedürfniß zu den mit Ordinationen bezeichneten Verfügungen kundgibt, daß aber eine systematischere Einreihung dieser Verfügungen in die Gesetzgebung des IV. Edikts ihm ferne lag, vielmehr, soweit nicht, wie bei Abänderung bloß formeller Erkenntnisse, das Eingehen in die Materie des Rechtsstreits durch das Gesetz (zu vergl. Sportelgesetz Art. 12) schon bestimmt an die Hand gegeben war, die Ordination hauptsächlich für ein milderes Surrogat der Kassatoria geachtet wurde, worauf auch die Sportelgesetze hinweisen.

Zu 3) bei einem Rückblick auf das Resultat der Entwicklung des bestehenden Rechts wird der erste Grundsatz, daß nach ergriffener und durchgeführter Appellation die Nichtigkeitsklage nicht mehr über die Streitpunkte, welche

Gegenstand der Appellation waren, statthaft ist, in Beziehung auf Gründe, welche dem Appellanten bereits zur Zeit der Appellation bekannt waren, oder nur in Folge seines eigenen Verschuldens nicht bekannt wurden, nur zu billigen seyn. Eine Verpflichtung des Richters, von Amtswegen die aus den Akten sich ergebenden Nichtigkeitsgründe zu erforschen und zu bereinigen, würde eine nicht wohl zu rechtfertigende Beachtung solcher Nichtigkeiten enthalten, durch welche, sofern dem Willen der Partheien nicht noch schließlich ein maßgebender Einfluß gegeben würde, Verfügungen, welche außerhalb des wahren Interesses der Partheien liegen und materiell keine Aenderung bewirken, veranlaßt würden. Wird aber der Wille der Partheien geachtet, so ist es einfacher, ihnen überhaupt die Geltendmachung der Nichtigkeiten zu überlassen, wozu ihnen ja zum Mindesten das gleiche Material zu Gebote steht, wie dem Richter auch.

Nichtigkeitsgründe auszuschließen, welche dem Appellanten selbst nicht bekannt seyn konnten, läßt sich an sich nur dadurch rechtfertigen, daß durch das viel wirksamere Rechtsmittel der Appellation auch wirklich von ihm erlittene Beschwerden gehoben werden, und daß er, falls der Appellationsrichter selbst nichtig verfahre, auch hiegegen noch die Nichtigkeitsklage habe. Von den im Landrecht I. 56 aufgeführten Nichtigkeitsgründen werden es nur die in §. 12 und 13. bezeichneten seyn, deren Unkenntniß nicht regelmäßig auf einem Verschulden beruhen wird. Gründete aber auch der höhere Richter auf falsche Kundschaft oder Instrumente sein Urtheil, so ist dasselbe ja auch nichtig, erachtete er sie dagegen für unerheblich, so hatte der Mangel keinen materiellen Nachtheil. Hat ein bestochener Richter bei der Verhandlung des Rechtsstreits selbst zum Nachtheil der Partheien gewirkt, so fällt eine Fälschung von Protokollen unter §. 12, es hat aber auch ja hier ein höherer Richter erkannt.

Die Einwirkung des Instanzenverhältnisses ist nach Allem wohl zu schroff aufgefaßt: eine Erledigung der Sach

durch einen Richter, sey es auch nur aus formellen Gründen, sollte genügen. Der Appellationsrichter, welcher die Appellation als formell unzulässig verwirft, hat hiedurch das Rechtsverhältniß selbst mittelbar festgestellt, der Richter, welcher die Klage als prozessualisch unstatthaft annimmt, hat einen definitiven Ausspruch gegeben.

Das Ideal Gönner's, daß in sämmtlichen drei Instanzen das gleiche Material geprüft werde, läßt sich doch nicht erweisen und ist auch durchaus kein nothwendiges Erforderniß einer guten Rechtspflege, deren beste Garantie die tüchtige Besetzung sämmtlicher Gerichte ist.

---

4) Zur Lehre vom Wasserrecht.

Mit besonderer Rücksicht auf die Begrenzung der Civil- und Administrativjustiz in dieser Materie.

(Schluß des Aufsatzes in Bd. 1 S. 239 ff. u. 408 ff.)

XII. Rechtsfall. J. M. Lindner[1] zu E., Klr., Ant, W. Ant, gegen die Stadtgemeinde E., Bekl. Atin, W. Atin.

(Erkenntniß des K. Ober-Tribunals vom 9. Nov. 1852.)

Klage, wegen angeblich durch Führung von Straßenkandeln bewirkten, dem Haus des Klägers nachtheiligen Zudrangs des Abwassers.

Der Wirth Lindner von E. besitzt in der Stadt an der Straße nach B. ein Haus. Diesem gegenüber wurden in Folge des Brandunglücks in E. im Jahr 1842 mehrere neue Häuser gebaut. Hiebei wurde auf der dem Hause Lindner's entgegengesetzten Seite die Straße erhöht. Dadurch soll nach seiner Behauptung der Wasserlauf auf der Straße und deren Umgebung ein anderer, und zwar

---

[1] Die Namen sind bei diesen und den folgenden Rechtsfällen fingirt.

in der Richtung gegen sein Haus, stärker geworden seyn. Die Stadt E. ließ zur Ableitung des Wassers auf Seite des Lindner'schen Hauses und gegenüber demselben einen Kandel anlegen. Gegen diese ihm angeblich schädliche Kandelanlage hatte Lindner schon am 11. Mai 1844 bei dem K. Oberamt Beschwerde erhoben, indem er geltend machte, daß diese Anlage auf der seinem Haus gegenüber liegenden Seite viel höher sey, als vor seinem Haus, wogegen der Stadtrath erklärte, daß dem Lindner durch die Kandelanlage kein Nachtheil zugehe, vielmehr der Fehler in der Auffüllung der Straße vor dem Hause der Nachbarn liege, zu deren Beseitigung diese anzuhalten seyen. Auf das zu Gunsten der Gemeinde E. ausgefallene technische Gutachten wies das Oberamt den Lindner mit seiner Beschwerde unterm 13. August 1844 ab.

In der darauf bei der K. Kreisregierung unterm 28. Aug. 1844 erhobenen Beschwerde Lindner's wurde ausgeführt: Es habe dieser schon bei der Erbauung der neuen ihm gegenüber gelegenen Häuser Einsprache über deren hohe Lage erhoben, sich jedoch bei der ihm ertheilten Auskunft begnügt, daß die Besitzer jener Häuser der Straße gleich abgraben müssen. Statt dessen haben dieselben den Abgang von Bausteinen und Schutt vom Ausgraben ꝛc. vor ihren Häusern liegen lassen, haben dann vor ihren Häusern bergauf planirt, und so vor denselben bis zu der vor dem Hause Lindner's seit vielen Jahren bestandenen Kandel einen wahren Abhang gemacht. Auf die vom Stadtschultheißenamte ihnen gemachte Auflage abzugraben, haben sie dann auf Anlage einer Straßenkandel angetragen. Eine solche sey vom Stadtrath auch wirklich beschlossen worden; mit dieser Kandelanlage in die frühere Fahrstraße herein habe aber der Stadtrath zugleich eine Straßenerhöhung beschlossen; während die Straße vor dem Lindner'schen Hause ohnehin hoch genug sey, und sowohl gegen die Stadt östlich, als gegen Lindner westlich wieder falle. Gegen das frühere technische Gutachten wurde geltend ge-

macht, daß Beschwerdeführer bei dem Augenschein nicht zugegen gewesen sey. Das Gesuch ging dahin, daß die Straße so herzustellen sey, wie sie sich befunden habe, bevor die drei Nachbarn des Beschwerdeführers gebaut haben, und daß, wenn je eine Kandel anzulegen sey, solche in der Richtung wie der frühere Chausseegraben, und ebenso tief angelegt werde, als die schon seit vielen Jahren bestehende Kandel. In dem von dem Stadtrath an das Oberamt unterm 10. September 1844 erstatteten Bericht wurde einerseits ausgehoben, wie das Lindner'sche Haus ganz unpassend auf einen tief gelegenen Gartengrund gestellt sey, andererseits jedoch zugegeben, daß die Hofraithen der neu gebauten Häuser zu hoch geworden seyen und daher auch auf erhobene Beschwerde Lindner's den Besitzern dieser Häuser aufgegeben worden sey, das Erhöhte schleunigst abzuheben. Da jedoch diese die Nothwendigkeit der Anlegung einer Straßenkandel vorgestellt haben, so sey vom Stadtrath die Anlegung von gepflasterten Straßenrinnen beschlossen worden, welche insbesondere in Rücksicht auf eine nahe liegende Brunnenleitung sich als zweckmäßig dargestellt habe. Uebrigens wurde wiederholt anerkannt, daß die Besitzer der dem Lindner'schen Hause gegenüberstehenden Häuser die Straße vor denselben um so viel abheben müssen, daß das richtige Verhältniß wieder hergestellt werde, zugleich aber dem Lindner angesonnen, das vor seinem Hause befindliche Pflaster höher zu legen.

Die K. Kreis-Regierung entschied nach einem Augenschein durch einen höheren Techniker, daß gegen die Straßenerhöhung und Kandelanlage in straßenpolizeilicher Hinsicht nichts einzuwenden sey. Da jedoch die Regiminalstellen bezüglich der Etterstraßen blos über deren vorschriftmäßige Herstellung und Unterhaltung durch die Gemeinden, nicht aber auch darüber zu erkennen haben, ob und in wie weit hieraus für einzelne Ortsbewohner zu Ersatzansprüchen berechtigende Nachtheile entstehen, hierüber vielmehr die Gerichte zu verhandeln und zu entscheiden haben, so werde

dem ꝛc. Lindner die Betretung des Rechtswegs gegen die Stadtgemeinde E. anheimgestellt.

In Folge dessen erhob Lindner am 25. Oktober 1848 gegen die Stadtgemeinde E. Klage bei dem Oberamtsgericht. Auf den Grund der oben angeführten Thatsachen und Verhandlungen, womit die weitere Behauptung verbunden wurde, daß ein Chausseegraben, durch welchen früher das Wasser abgelaufen sey, bei der neuen Kandelanlage zugeworfen, und die Straße an seinem Haus etwas erhöht, und hiedurch gleichfalls eine Stockung des Abwassers vor seinem Haus herbeigeführt worden sey, stellte Lindner seine Klage dahin: da er durch die jetzige Kandelanlage fortwährend Schaden erleide, indem das Abwasser sich stets gegen sein Haus dränge, da ferner alles Abwasser, so lange nicht der Chausseegraben geöffnet sey, ihm in seinen neben dem Haus befindlichen Garten ablaufe und er hiedurch bedeutenden Schaden leide, so bitte er zu erkennen, daß die Stadtgemeinde schuldig sey:

1) die Straßenkandel so zu legen, daß das Abwasser nicht mehr gegen sein Haus laufe und daran Schaden anrichte;

2) daß sie dem Abwasser von der Straßenkandel einen solchen Abzug gebe, entweder durch Eröffnung des früher bestandenen Chausseegrabens, oder durch andere Vorrichtungen, daß dasselbe nicht mehr in seinen Garten laufe und hier Schaden anrichte.

Die Einwendungen der Beklagten gründeten sich vorzüglich auf die Behauptung, daß der Kläger selbst zu der Kandelanlage, wie sie jetzt bestehe, seine Zustimmung gegeben habe, daß sodann die Kandelanlage an sich dem kläger'schen Haus keinen Schaden bringe, vielmehr der Andrang des Wassers das Haus des Bekl. wegen dessen tiefer Lage von jeher gleich gefährdet habe und daß ebensowenig die mit dem Chausseegraben vorgenommene Aenderung schadenstiftend sey, indem dieser Graben niemals das Abwasser aufzunehmen gehabt habe, sondern vielmehr eine

von dem Besitz-Vorfahrer des Klägers selbst errichtete Wasserleitung das Abwasser in den Garten des Klägers führe.

Nach eingeleitetem Beweisverfahren erkannte das Oberamtsgericht auf Abweisung der Klage und sofort auf die von dem Kläger erhobene Berufung der Gerichtshof am 12. September 1851 rejektorisch. Die Entscheidungsgründe des Gerichtshofs gingen dahin:

Bei Entscheidung dieses Rechtsstreites ist vor Allem davon auszugehen, daß derselbe von dem Civilrichter nur nach privatrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden ist. Ueber die Wahrung der betreffenden polizeilichen Vorschriften hat die Verwaltungsbehörde zu wachen; die schon in der Natur der Sache liegende Vorschrift, daß die Gemeinde ihre Straßen und Wege innerhalb Etters ohne Verletzung von Privatrechten anzulegen habe, enthält aber nicht den Grundsatz, daß die Gemeinde für allen und jeden Schaden, der durch eine Straßenanlage entsteht, zu haften habe, es bleibt vielmehr immer im Privatrechtsstreite Sache des Civilrichters, zu untersuchen, ob und in wie weit der Schaden von der Gemeinde selbst verschuldet und ob und in wie weit sie ersatzpflichtig ist. Es hat nun der Kläger sowohl in erster als in zweiter Instanz wiederholt zugestanden, daß nicht die Kandelanlage von Seiten der Stadt der Grund des ihm durch den Wasserlauf zugehenden Schadens sey; als diesen bezeichnet er vielmehr die veränderte Lage der Straße, an der die Erbauer der seinem Hause gegenüber liegenden Häuser durch unstatthafte Auffüllung der Straße die Schuld tragen. Weiter gesteht Appellant zu, daß eine Verbesserung der städtischen Kandelanlage nothwendig auch eine Verbesserung der Straße in sich begreife. Wenn nun Appellant seine Klage damit begründet, daß durch die Erhöhung der Straße das Regenwasser, das ihm bis daher nicht geschadet, seinem Hause zugeführt werde und dieses darum an Werth verliere, so ist diese Klage keine andere, als die sogenannte aquae pluviae arcendae actio. Diese Klage

steht dem Eigenthümer des durch den Wasserlauf benachtheiligten Grundstückes gegen den Eigenthümer des Grundes zu, auf welchem eine neue, den Wasserlauf ändernde schädliche Anlage gemacht worden ist.[2]

Insofern wäre allerdings die Beklagte dem Kläger gegenüber die rechte Beklagte, als die Erhöhung, die nach der Behauptung des Appellanten den Schaden verursacht, auf ihrer Straße vorgenommen worden ist. Die Frage ist daher nur die, ob gegen die Beklagte auch der rechte Anspruch erhoben worden ist. Hier unterscheidet das Gesetz auf's Bestimmteste zwei Fälle: ob der Eigenthümer des Landes die schädliche Anlage selbst gemacht hat, oder ob sie von einem Dritten herrührt. Im ersteren Falle ist derselbe verpflichtet, die schädliche Anlage selbst und auf seine Kosten wegzunehmen.[3] Im zweiten Falle kann die Klage gegen den Eigenthümer nur darauf gerichtet werden, daß er die Entfernung der Anlage gestatte.[4]

Nach dem eigenen Zugeständnisse des Klägers ist der vorliegende Fall unter den zweiten Fall des Gesetzes zu subsumiren. Kläger hat daher nur das Recht, von der Beklagten zu verlangen, daß sie die Verbesserung der Straße durch Entfernung der von Dritten vorgenommenen, den früheren natürlichen Wasserlauf angeblich hemmenden Auffüllung gestatte. Statt dessen geht nun aber das klägerische Gesuch dahin, die Beklagte zu verurtheilen, die Straßenkandel so zu legen, daß das Abwasser nicht mehr gegen das klägerische Haus laufe. Es begreift somit dieses Gesuch nach dem oben angeführten Zugeständniß des Klägers das Verlangen, daß die Beklagte die Auffüllung selbst entferne. Dieses Gesuch ist somit nicht gerechtfertigt und darum war Kläger mit seiner Klage abzuweisen.

Diese kann Kläger aber auch nicht dadurch aufrecht

---

[2] D. 39, 3 de aqua l. 6. §. 4. l. 1. §. 1. 10. 13—15.
[3] D. l. c, l. 6. §. 6. 7.
[4] Eod. l. 6. §. 7.

erhalten, daß er behauptet, die Beklagte habe durch Anlage des Kandels auf der rechtswidrig veränderten Straße diese Veränderung sanktionirt; denn daraus, daß die Beklagte vom Kläger einen noch größeren Schaden abwendete, läßt sich nicht schließen, daß sie in die Verbindlichkeit eines Dritten eintreten und diesen davon befreien wollte, wie auch eine solche Auslegung dieser Handlung von einem Zeugen, der amtliche Kenntniß von der Absicht der Vertreter der Beklagten hatte, bestimmt in Abrede gezogen wird.

In zweiter Instanz sucht nun Ant eventuell sein Gesuch blos auf Entfernung der Kandelanlage, welche Bedingung der Entfernung der weiteren Anlage sey, zu stellen. Ueber dieses Gesuch ist bis jetzt nicht verhandelt und entschieden; es hängt auch die Entscheidung dieser Frage zum Theil von anderen Voraussetzungen ab, als die Entscheidung über das ursprüngliche Gesuch: Es liegt eine Klagänderung vor, die in zweiter Instanz unzuläßig ist, denn es ist dieses neue Gesuch auch nicht in dem früheren enthalten. Während nämlich letzteres eine mit weiteren Arbeiten verbundene Verbesserung der früheren Anlage bezweckt, beschränkt sich ersteres auf die einfache Entfernung des Bestehenden.

Das zweite Gesuch des Klägers geht dahin, daß die Beklagte dem Abwasser der Straßenkandel entweder durch Eröffnung eines früher bestehenden Straßengrabens, oder durch andere Vorrichtungen einen solchen Abzug gebe, daß dasselbe ihm nicht mehr in seinen Garten laufe, und ihn hiedurch in Schaden versetze. Erwiesen ist, daß ein solcher Abzugsgraben früher stattgefunden hat, jetzt aber mit der Straßenkandel nicht mehr in Verbindung steht. Die actio aquae pluviae arcendae findet nun analoge Anwendung auch auf den Fall, wenn durch Veränderung früherer Abzugsgräben der natürliche Wasserlauf eine Stockung bekommt.[5] Ant hat nun aber selbst zugestanden, daß sein

[5] D. l. c. l. 2. §. 1, 2, 4.

Vorfahrer im Besitz das Wasser von der Kandel in seinen Garten geleitet habe und daß erst dann der Abzugsgraben geändert worden sey. Er hat ferner zugestanden, daß nach dem früheren Wasserlauf vor Veränderung der Straße das Wasser dem Garten eher nützlich als schädlich gewesen sey, sein Besitzvorfahrer aber darum nur für diesen Wasserstand die Wasserleitung in seinen Garten übernommen habe. Wenn nun der Besitzvorfahrer des Anten das Abwasser sich selbst durch künstliche Vorrichtung zuleitete, so liegt darin die bestimmte Willenserklärung, daß er den Abzugsgraben nicht mehr benützen wolle. Es war daher die Stadt berechtigt, diese Anlage zu entfernen. Wenn nun aber ein Betheiligter in eine Errichtung oder Entfernung einer auf den Wasserlauf Einfluß übenden Anlage gewilligt hat, so steht ihm wegen solcher die actio aquae pluviae arcendae nimmer zu.[6]

Wenn nun aber Appellant behauptet, daß den jetzigen Wasserlauf sein Vorfahrer im Besitz nicht übernommen haben würde, so berührt dies die Beklagte nicht, da sie nicht die Schuld der Vermehrung des Wasserlaufes trägt und daher aus privatrechlichen Gründen auch nicht verbunden ist, den durch Dritten verursachten Schaden abzuwenden.

Auf die von dem Kläger erhobene Oberberufung fällte das Obertribunal unterm 9. Nov. 1852 ein bestätigendes Erkenntniß aus folgenden Gründen:

Der Kläger stützt seine Beschwerde gegen das die Klage abweisende Erkenntniß des vorigen Richters

1) zunächst darauf, daß die Beklagte nach der K. Verordnung vom 23. Oktober 1808 (Reg.-Blatt von 1809, Seite 19—20), welche den Gemeinden in Württemberg die unschädliche und unklagbare Herstellung und Unterhaltung der Straßen innerhalb der Ortsmarkung und insbesondere die Anlegung von gepflasterten Straßenkandeln, um der nachtheiligen Einwirkung des Wassers zu begegnen,

---

[6] D. l. c. l. 19.

zur Pflicht mache, rechtlich verbunden sey, sowohl die seinem Hause gegenüber errichtete Straßenkandel, von welcher das Abwasser gegen sein Haus laufe, zu entfernen und so herzustellen, daß das Wasser seinem Hause keinen Schaden bringe, als auch dem Wasser in der Straßenkandel vor seinem Hause durch Wiedereröffnung eines früher bestandenen Straßengrabens oder durch eine andere Vorrichtung einen solchen Abzug zu geben, daß es nicht mehr in seinen Garten laufe.

Allein abgesehen von allem übrigen, was diesem Vorbringen entgegensteht, ist die angeführte Verordnung, welche sich als „Wegordnung“ ankündigt, und die Vorschriften aufstellt, „die sowohl Kommunen, als einzelne Personen in Hinsicht auf die öffentlichen Wege zu beobachten haben“ ihrem ganzen Inhalt und Zwecke nach rein polizeilicher Natur, und gehört, wie jedes Staatspolizeigesetz, dem Gebiete des öffentlichen Rechts an. Die durch dieselbe den Gemeinden auferlegte Verpflichtung der Straßenunterhaltung, der Anlegung von Straßenkandeln zu Abführung des Wassers ꝛc. gründet sich lediglich auf das Subjektionsverhältniß der Gemeinden zum Staate, ist sonach eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit der letzteren, und gibt dem Einzelnen, welcher etwa ein Interesse dabei hat, daß die Vorschriften jener Verordnung vollzogen werden, keine besonderen Rechte, keine in die Reihe der Privatrechte gehörige Befugniß. Es kann deshalb auch der Kläger aus den Bestimmungen der gedachten Verordnung einen privatrechtlichen, vor dem Civilrichter verfolgbaren Anspruch gegen die Beklagte nicht herleiten.

2) Wenn sodann der Kläger geltend macht, daß auch nach den Grundsätzen des römischen Rechts von der aquae pluviae arcendae actio die gegen die Beklagte erhobene Klage begründet sey, weil die fragliche Straßenkandel, von deren Hinwegräumung, beziehungsweise Aenderung es sich handle, durch die Beklagte angelegt worden, und weil, so lange diese Kandelanlage bestehe, die Ursache des

schädlichen Wasserlaufes nicht beseitigt, nämlich die von den Erbauern der neuen, ihm gegenüber liegenden, Häuser vorgenommene zu hohe Straßenauffüllung, auf welcher die Kandelanlage angebracht wurde, nicht abgegraben werden könne, mithin die Beklagte immer zunächst als die rechte Beklagte erscheine; auch in der in zweiter Instanz eventuell begehrten Entfernung der Straßenkandel eine Klageänderung, wie der vorige Richter angenommen, nicht liege, weil die in erster Instanz geforderte Verbesserung der Kandelanlage ohne deren vorherige Hinwegnahme unmöglich sey, und daher mit dem eventuellen Gesuche nur weniger als mit der ursprünglichen Klagbitte verlangt werde, so kommt hiegegen Folgendes in entscheidenden Betracht:

Allerdings ist nach den Bestimmungen des römischen Rechts der Eigenthümer eines Grundstückes nicht berechtigt, solche Einrichtungen auf demselben zu treffen, wodurch der natürliche oder hergebrachte Abfluß des Wassers zum Nachtheil des Nachbars eine Abänderung erleidet, und der letztere kann sich dagegen mit einer besonderen Klage schützen, welche, wenn es sich von einem bedrohten Feldgrundstück handelt, actio aquae pluviae arcendae — und wenn es sich von einem durch das errichtete Werk benachtheiligten Gebäude handelt, actio negatoria de stillicidio vel flumine heißt.[7]

Diese Klage findet aber nur dann statt, wenn das dem Wasserlauf schädliche Werk auf einem Privateigenthume — einem Privatgrundstücke — errichtet wurde, und kann nach der ausdrücklichen Bestimmung der Gesetze nicht angestellt werden, wenn die Anlage in loco publico — auf öffentlichem Grund und Boden — an öffentlichem Orte — gemacht wurde.[8]

---

[7] D. 8, 5. (si servitus vind.) l. 8. §. 5. D. 39. 3. (de aqua et aq. pluv.) l. 1, §. 1. 17. 19.

[8] D. 39. 3. l. 3. §. 3. Aquae pluviae arcendae (actione) non nisi eum teneri, qui in suo (fundo) opus faciat, receptum est, eoque jure utimur. Quare si quis in publico (loco) opus faciat, haec actio cessat, sibique imputare debet is, qui damni

Dieß trifft in dem vorliegenden Falle zu, denn die im Streit liegende Kandelanlage wurde auf keinem Privatgrundstück, sondern, wie der Kläger selbst zugibt, auf der öffentlichen Straße der Stadt, die zu Jedermanns Gebrauche dient, sonach in loco publico errichtet.[9]

3) Steht dem Ausgeführten zu Folge dem Kläger die angestellte, auf Aenderung der angelegten Straßenkandel und des dadurch bestimmten Wasserlaufes gerichtete Klage auch nach den Grundsätzen des römischen Rechts nicht zu, so ergibt sich von selbst, daß das — wenn schon aus andern Gründen — erfolgte, abweisende Erkenntniß des nächstvorigen Richters lediglich bestätigt ꝛc. werden mußte.

Bemerkungen des früheren Herausgebers zu vorstehendem Rechtsfall.

1) Die Behandlung dieser Sache durch die Kreisregierung scheint in der Art aufgefaßt werden zu müssen, daß ihre Kompetenz sich bloß auf die Frage erstrecke, ob die in Frage stehende Herstellung der Ortsstraße den im Interesse des Gemeinwesens zu machenden Anforderungen entspreche, nicht, wie sich dieselbe zu den Interessen und Rechten eines Einzelnen verhalte. Diese Ansicht scheint an sich nicht beanstandet werden zu können. Die Polizeigewalt hat allerdings bloß die Interessen des Gemeinwesens zur Aufgabe, und die Rechte des Einzelnen kommen hiebei bloß insofern

---

infecti cautione sibi non prospexit. D. eod. l. 18. Si in publico opus factum est, quo aqua pluvia noceret, agi non potest; interveniente loco publico agi poterit. Causa ejus rei haec est, quod ea actione non tenetur, nis dominus solus.

Die Richtigkeit dieses Grundsatzes bestätigen auch die bewährtesten Rechtslehrer: Linde, Zeitschrift für Civilrecht ꝛc. Bd. V. S. 356. §. 4. Schweppe, röm. Privatrecht ꝛc. Bd. III. §. 609. S. 539. Wening Ingenheim, Civilrecht ꝛc. Bd. II. §. 283. S. 348. Hofacker, Principia j. rom. T. III. §. 4009. C.

[9] Hofacker l. c. T. II. §. 751. Malblanc, Princ. j. R. T. I. §. 172.

zur Sprache, als auch er ein Glied des Gemeinwesens ist. Wenn aber seine Individualinteressen als solche verletzt sind, so ist der Austrag dessen allerdings nicht im Kreise der Polizeigewalt gelegen, aber das wäre zu weit gegangen, wenn man den Satz aufstellen wollte, die Polizeigewalt könne eine solche Verletzung ganz ignoriren.

Wenn dieselbe zu erkennen hat, ob eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit gehörig erfüllt sey, und es zeigt sich, daß zwar hiebei die Interessen des Publikums befriedigt sind, aber mit offenbarer Verletzung anderer Rechte, so kann die Polizeigewalt nicht erkennen, die Verbindlichkeit sey rite erfüllt, sie muß vielmehr aussprechen: die Verbindlichkeit ist zwar gegenüber vom Publikum klaglos erfüllt, aber auf einem an sich widerrechtlichen, also einem auch nach öffentlichem Recht unzulässigen Weg, und deßhalb muß entweder der Akt dieser Erfüllung in anderer, die Rechtsverletzung vermeidenden Weise wiederholt, oder, wenn dieß nicht möglich ist, der Eingriff in die Rechte des Einzelnen durch Entschädigung gut gemacht werden, wobei allerdings die Frage Wie — dem Gericht zuzuweisen ist. Es begreift der letztere Fall eine Art Expropriation, für welche Entschädigung zu leisten ist. Ueberdieß aber liegt hier noch das besondere Verhältniß vor, daß die Kreisregierung zugleich Oberaufsichtsbehörde über die Verwaltung der Gemeinden ist, daß sie also auch in dieser Eigenschaft das Recht und die Pflicht hatte, eine etwaige Verletzung Dritter nicht zu dulden oder deren Reparation anzuordnen.

Allein bei vorstehenden Sätzen ist natürlich immer vorausgesetzt, daß die Verletzung des Privatrechts unbestritten ist; also z. B. wenn die Gemeinde zugeben würde, das Eigenthum eines Einzelnen durch ihre Straßenanlage verletzt zu haben, aber behauptete, es müsse sich solches Jeder gefallen lassen, wenn es nothwendig werde. Ist dieß, wie hier, nicht der Fall, so ist der Streit hierüber lediglich an die Gerichte zu verweisen.

2) Die Annahme, daß die act. aquae pluv. arc. um deßwillen nicht begründet sey, weil die Kandelanlage auf einem loco publico vorgenommen wurde, unterliegt erheblichem Bedenken. Die oben angeführten Gesetze l. 3, §. 3 u. l. 18. D. (39. 3.) haben bloß den Fall im Auge, daß ein Private auf einem loco publico die Anlage macht. Dieß ist bei dem ersten Gesetz klar ausgesprochen; bei dem zweiten geht es aus dem Gegensatz der Ausnahme hervor, daß, wenn die Anlage gleichfalls einen locus publicus beeinträchtige, die Klage doch stattfinde, wo also gleichfalls nicht vorausgesetzt seyn kann, daß der Eigenthümer des fundus publicus, wo die Auflage gemacht wurde, solche machte. In dem vorliegenden Fall hat die Gemeinde, welche in gewissem Sinn Eigenthümer des bezüglichen fundus war, [10] die Kandelanlage gemacht. Die Klage wäre also contra eum, qui in suo fundo opus fecit, angestellt. Hiemit ändert sich jedoch die Entscheidung in Betreff dieser Frage nicht. Denn, abgesehen von andern Gründen, liegt der Grund des ungeregelten Wasserabflusses nach dem eigenen Vorbringen des Klägers nicht in der Kandel unmittelbar, sondern in der Auffüllung der Straße durch die benachbarten Hausbesitzer, bei welcher er sich überdieß beruhigt hatte; es hätte die Klage, welche ja nur gegen den, der durch seine Anlage einen schädlichen Wasserzufluß bewirkt hat, auf Wegnahme derselben angestellt werden kann, nur darauf gerichtet werden können, daß die Stadt die Entfernung der Kandelanlage gestatte.

XIII. Rechtsfall. Kaufmann Gaffert zu N., Bekl. At., nun Ant, gegen Werkmeister Müller daselbst, Kl., Ant, nun At, Herstellung einer Dohle betreffend.

(Erkenntniß des Obertribunals vom 13. Juni 1857.)

Von einem der die Stadt N. umgebenden Berge fließt dieser Stadt durch eine tief eingeschnittene Klinge der Dagel=

---

[10] Gerber, deutsch. Privatr. § 62., Mittermaier, deutsch. Privatr. §. 117., Wächter, Handbuch ꝛc. Bd. II. S. 285.

bach, ein beständig fließendes Wasser, zu, und wird in einer durch die Stadt führenden Dohle dem durch dieselbe fließenden Näherbach zugeführt. Die Klinge, durch welche der Dagelbach der Stadt zufließt, besteht nicht mehr in ihrer ursprünglichen Beschaffenheit, sondern ist insbesondere bei einem Grundstück des Werkmeisters Müller, welches zu einem Steinbruch verwendet wird, und dem unmittelbar daran, etwas tiefer, gelegenen Grundstück des Kaufmanns Gassert stark aufgefüllt. Unter der Auffüllung dieser beiden Grundstücke ist eine für den Abfluß des Dagelbaches hergestellte gemauerte, mit Platten bedeckte Dohle. Der Platz, auf welchem die Dohle angelegt ist, war früher städtische Allmand und wurde von der Stadt an die Nebenlieger verkauft. Später legte der Rechtsvorfahrer des Werkmeisters Müller, welcher damals auch im Besitz des Gassert'schen Grundstückes war, die Dohle an und spätere Besitzer dieses Grundstückes, zuerst Burger, welcher das Stück von Müller kaufte, und dessen Nachfolger Vogel, in dessen Gant Gassert dasselbe als Gläubiger käuflich übernehmen mußte, vollendeten dieselbe und die Auffüllung, ohne daß übrigens der natürliche Lauf des Dagelbaches hiedurch verändert wurde. Die Dohle unter dem Gassert'schen Grundstück gerieth in Zerfall, indem die Mauern einstürzten und die Platten einbrachen, so daß das Wasser bei Regengüssen sich in die Müller'sche Dohle zurückschwellt und aufstäute, hier durch die angebrachten Schachtlöcher herauslief, in den Steinbruch des Müller eindrang, dessen Dohle verschlammte und beschädigte, zum größten Theil aber auf den vorbeiziehenden städtischen Weg austrat, diesen überschwemmte und deßhalb hemmte und beschädigte. Nach dem Expertenausspruch litt durch die Verfallenheit der Gassert'schen Dohle sowohl Müller, als die Stadt bedeutenden Schaden.

Es erhob deßhalb Müller im Jahr 1842 bei der städtischen Polizeibehörde gegen den Besitzvorgänger des Gassert, Vogel, Klage auf Herstellung der Dohle. Von dieser Behörde gelangte die Sache nach vorgängigem Informativver=

fahren an das Bezirksamt, welches am 11. Januar 1842 erkannte, daß Vogel die schadhafte Wasserabzugsdohle auf seinem Gut in tauglichen Stand wieder herzustellen habe. Dieses Erkenntniß wurde im Wesentlichen damit begründet, daß die schadhafte Dohle nicht auf städtischem Grund und Boden angelegt worden, auch der allgemein geübte Grundsatz in dem Herkommen feststehe, daß jeder Gutsbesitzer, der in seinem Interesse eine Dohle anlege, solche auch auf ewige Zeiten in tauglichem Zustand zu erhalten die Verpflichtung habe. (Beleg hiefür wurde keiner angeführt.) Dem Vogel wurde überlassen, etwaige Entschädigungsansprüche an seine Vorfahrer im Besitz vor dem Civilrichter weiter zu verfolgen. Auf gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde des Vogel setzte die Kreisregierung durch Erlaß vom 15. Juli 1842 dieselbe außer Wirkung und gab den Betheiligten die Verfolgung ihrer Rechte auf dem Rechtsweg anheim, indem sie dieß damit begründete, daß die Verbindlichkeit zur Herstellung der schadhaften Wasserabzugsdohle unzweifelhaft auf privatrechtlichen Verhältnissen beruhe.

Zehn Jahre lang beruhigte sich bei dieser Verfügung der Stadtrath, bis er endlich im November 1852 sich beschwerend an das K. Ministerium des Innern wandte. In Folge dieser Beschwerde wurde zuerst darüber Grund gemacht, ob nicht die Dohle im Laufe der Zeit in einen solchen Zustand gerathen sey, daß aus sicherheitspolizeilichen Gründen zum Schutze der angrenzenden Güter- und Häuserbesitzer, sowie zur Erhaltung der öffentlichen Wege eine provisorische Verfügung geboten erscheine. Auch forderte das K. Ministerium des Innern den inzwischen in Besitz des Vogel'schen Grundstückes gekommenen Gassert zur Erklärung auf. Dieser gab den schadhaften Zustand der Dohle zu, bestritt aber, daß die Nachtheile für die Straße die hauptsächlichste Folge der Beschädigung seyen, da dieselben auch nach Herstellung der Dohle bei jedem großen Wasserzufluß entstehen müßten, übrigens habe über die Verpflichtung zur Herstellung der Dohle nur der Civilrichter zu erkennen, und, wenn das

öffentliche Wohl die sofortige Herstellung der Dohle nothwendig machen sollte, so habe diese auf Kosten der Stadtgemeinde zu geschehen, wie denn auch diese den Vorschlag gemacht habe, daß die Herstellung vorläufig auf Kosten des unterliegenden Theils geschehen soll., womit er — Gassert — sich in der Art einverstanden erklärt habe, daß diese Kosten von der Stadtgemeinde oder von Müller vorgeschossen werden.

Das K. Ministerium des Innern rescribirte am 12. April 1853, daß es nicht in der Lage sey, in dieser Sache eine Verfügung zu treffen, da sich der Gegenstand vermöge seiner unzweifelhaft privatrechtlichen Natur vor die Civilgerichte eigne und auch zu einem polizeilichen Provisorium kein genügender Grund vorliege, indem nicht nachgewiesen sey, daß das civilrichterliche Erkenntniß in dieser lediglich von dem Gemeinderath verzögerten Sache ohne Gefährdung der allgemeinen Sicherheit oder anderer staatspolizeilicher Zwecke nicht abgewartet werden könne.

Im April 1853 erhob Müller gegen Gassert gerichtliche Klage, deren Bitte dahin ging, daß letzterer schuldig erklärt werde, die fragliche Dohle, soweit sein Eigenthum reiche, in guten Stand herzustellen, auch den dem Kläger zugegangenen Schaden zu erstatten. Der Hauptklagegrund war, daß der Beklagte hiezu als Eigenthümer der Dohle und Rechtsnachfolger derjenigen, welche dieselbe zu ihrem und ihrer Nachfolger Vortheil angelegt haben, verpflichtet sey. Die rechtliche Ausführung dieses Klagegrunds ist schwankend und unbestimmt — es wird von einer gesetzlichen Servitut, dem interdict. quod vi aut clam, von einer Negatorienklage wegen Störungen des Eigenthumsrechts, auch von der act. aquae pluv. arc. gesprochen. Der Beklagte führt im Wesentlichen aus, daß nur die letztere Platz greifen könnte, diese aber nach l. 12. D. de a. a. p. a. wegfalle.

Das Gericht erster Instanz wies durch Erkenntniß vom 29. Oktober 1853 die Klage ab, im Wesentlichen mit der Begründung, daß nicht die Negatorienklage, sondern die

act. aqu. pluv. arc. anzustellen wäre, [1] daß aber von dem Beklagten, weil er blos Käufer des Errichters des Werkes sey, nur so viel gefordert werden könne, daß er dem Bedrohten Wegnahme des Werkes und Herstellung des früheren Zustandes gestatte. [2]

Der Gerichtshof sprach auf die von dem Kl. erhobene Beschwerde am 6. November 1854 ein abänderndes Erkenntniß dahin aus, daß der Beklagte schuldig sey, die Dohle, soweit sein Eigenthum reiche, sofort in guten Stand herzustellen, auch dem Kläger den ihm durch den fehlerhaften Zustand derselben seit Erwerbung des Guts durch den Beklagten zugegangenen Schaden zu ersetzen.

Hauptentscheidungsgrund war, daß auf dem Gut des Beklagten eine Art gesetzlicher Servitut ruhe, das Wasser von dem Grundstück des Beklagten aufzunehmen und ungehindert durchzulassen. [3]

Weiter wurde ausgeführt, daß, wenn gleich der Beklagte das Werk nicht selbst errichtet habe, er dennoch auch die Last dieser ihm zum Vortheil gereichenden Einrichtung zu tragen habe, auf welches Resultat man auch nach l. 6. §. 2. D. si serv. vind. (8, 5.) und l. 2. D. de a. a. pluv. arc. (39,3) komme.

Gegen das Erkenntniß des Gerichtshofes ergriff der Beklagte die Oberberufung an das K. Obertribunal.

Inzwischen war in der Sachlage insofern eine Aenderung eingetreten, als der Gemeinderath zu N. theils in Folge des fortwährenden Andringens des Kl. Müller, theils wegen der den städtischen Wegen durch die Ueberschwemmungen des Dagelbaches zugehenden Beschädigungen die verschüttete Dohle auf Kosten der Stadtgemeinde, vorbehältlich des

---

[1] Sintenis, Civilrecht I. S. 522 u. 476 Nr. 28., l. 1. §. 17, 19, 20 vergl. mit l. 1. pr. §. 15, 16. D. de a. a. p. a. (39. 3.)

[2] L. 4. §. 2, 3. l. 5, 6, 7, 12. D. ibid.

[3] L. 1. §. 22, 32. D. vergl. l. 2. §. 1, 4, 5, 6. de a. a. p. a. (39, 3.). Glück, Komment. XXI. S. 414.

Ersatzes durch Müller oder Gassert, mit einem Aufwand von gegen 1000 fl. neu hatte herstellen lassen, nachdem Gassert, welcher schon im Jahr 1853 zur Erklärung darüber aufgefordert worden, sich ausdrücklich damit einverstanden erklärt hatte. Dem Fortgang des Prozesses zwischen Müller und Gassert sollte jedoch hiedurch in keiner Weise präjudizirt werden.

Am 13. Januar 1857 erkannte das K. Obertribunal, daß der Beklagte Gassert verpflichtet sey, die im Streit befindliche Dohle, soweit sein Eigenthum reiche, in einem für das Kl. Grundstück unschädlichen Stand wieder herzustellen. Mit seiner Schadenersatzforderung dagegen wurde der Kl. abgewiesen. Die Gründe dieser Entscheidung waren folgende:

Unsere Gesetze sprechen sich darüber aus, daß der Eigenthümer die zum Vortheil seines Grundstückes auf demselben künstlich angelegten Gräben und Kanäle in einem solchen Zustand zu erhalten habe, daß sie den Nachbarn nicht nachtheilig werden; so ist in l. 2. §. 4. D. de a. et a. pl. arc. gesagt: Apud Atejum vero relatum est, eam fossam, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit, c o g e n d u m e s s e v i c i n u m p u r g a r e, sive extet fossae memoria sive non extet: quod et ipse puto probandum; übereinstimmend hiemit bestimmt l. 2. §. 7. D. eod., daß, wenn ein von Rechtswegen oder seit Menschengedenken bestehender Graben durch den Andrang des Wassers ausgehöhlt wird und in Folge hievon Schaden für des Nachbars Grundstück zu befürchten ist, der Eigenthümer genöthigt werden kann, denselben wieder herzustellen, (agi tecum posse ut reficias).[4]

Daß diese Pflicht dem jeweiligen Eigenthümer ohne Rücksicht darauf, wer die Anlage gemacht hat, obliegt, geht daraus hervor, daß der Fall eines Werkes, welches über Menschengedenken besteht, besprochen wird, ein Fall, in wel-

---

[4] Vgl. Schneider in der Zeitschrift für Civilrecht u. Prozeß. Bd. V. S. 347. Kori im civilist. Archiv. Bd. XVIII. S. 52, Seuffert, Archiv. Bd. I. Nro. 167.

chem gewiß ist, daß der derzeitige Eigenthümer nicht Verfertiger der Anlage ist. Es kann daher der sonst für die actio aquae pluviae arcendae geltende Grundsatz, daß nur von dem Urheber des gefahrdrohenden Werkes Beseitigung desselben auf seine Kosten, von jedem Dritten nur das Dulden der Wegnahme auf des Klägers eigene Kosten verlangt werden kann, auf den hier zur Sprache kommenden Fall der verlangten Instandhaltung eines Werkes, gegen dessen rechtliche Existenz an sich nichts eingewendet wird, sich nicht beziehen; es ist dieß auch ganz natürlich, denn in einem solchen Falle ist Jeder als Urheber des Schadens zu betrachten, welcher das Werk in seinem ruinösen Zustand beläßt, mithin derjenige, welcher ein ruinöses Werk erwirbt und dasselbe nicht wieder herstellt, so gut als der, bei welchem erstmals eine Veränderung des ursprünglichen Zustandes der Anlage eingetreten ist; in beiden Fällen ist der Grund der Klage der gleiche — die Vernachläßigung des Werkes von Seiten des Eigenthümers.

Diese Verpflichtung des Eigenthümers zu gehöriger, Unterhaltung der auf seinem Eigenthum angelegten Gräben und Kanäle entspricht auch ganz der Natur der Sache. Es darf nämlich vorausgesetzt werden, daß eine solche Anlage zum Vortheil des betreffenden Grundstückes geschieht: wie nun überhaupt keine Veränderung des allgemeinen Wasserlaufes vorgenommen werden darf, so führt auch eine solche Anlage für jeden Besitzer des Grundstückes, zu dessen Vortheil sie geschehen ist, die Pflicht gegen die Nachbarn herbei, dieselbe in einem Zustand zu erhalten, daß sie den Nachbarn nicht nachtheilig wird.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so stellt sich, da auch die sonstigen Erfordernisse der actio aquae pluviae arcendae zutreffen, die Klage in jeder Richtung als begründet dar.

Die Dohle in Frage ist für den Ablauf des Dagelbachs, eines Wassers, welches unbestrittenermaßen durch das Einströmen des Regens anschwillt und reißender wird, bestimmt.

Dieselbe wurde, wie der Beklagte selbst anerkennt, unter stillschweigender Duldung und Genehmigung des Klägers angelegt, sie ist somit jure facta und zwar wurde sie, wie nicht bestritten werden kann, zum Vortheile des jetzt im Eigenthum des Beklagten befindlichen Grundstückes angelegt, indem in Folge der Errichtung der Dohle für dasselbe ein Zuwachs an bebaubarem Lande gewonnen wurde. Diese Dohle stellt sich aber auch als ein künstliches Werk dar, welches auf den Wasserlauf von Einfluß ist. Der Beklagte macht zwar hiegegen geltend, es handle sich von keinem künstlichen Wasserkanal, das natürliche Bett des Dagelbaches sey nicht verändert; allein dem ist nicht so, denn dadurch, daß das bisherige Bett mit Steinen eingefaßt und mit Platten bedeckt wurde, ist dem Wasserlauf nach Breite und Höhe eine bisher nicht vorhandene Grenze gegeben. Während das Wasser früher, wenn das eigentliche Bett gefüllt war, die Ufer überschreiten konnte, kann es dieß nicht mehr; es ist also an der Stelle des natürlichen Bettes, wenn auch demselben Orte, wo dieses sich befand, ein künstliches getreten, ein Fall, welcher einem künstlich angelegten Graben oder Kanal vollkommen gleich zu stellen ist. Dieses von Menschenhand angelegte Werk wurde, wie unbestritten ist, nicht im Stande gehalten; die Eigenthümer des Grundstückes ließen den Einsturz desselben zu, ohne eine Herstellung zu versuchen; auch der Bekl. hat die verschüttete Dohle nicht gereinigt. Dieser ruinöse Zustand der Dohle hat aber die Folge, daß der Lauf des Wassers des Dagelbaches, wenigstens wenn er angeschwollen ist, gehemmt wird und jenes auf das Grundstück des Klägers zurücktritt, wodurch natürlicher Weise diesem Schaden droht. Eben daher liegt nach den oben aufgestellten Grundsätzen dem Beklagten die Pflicht ob, die Dohle in den gehörigen Stand wieder herzustellen, ohne daß es darauf ankommt, ob dieselbe schon, ehe der Beklagte das Grundstück erwarb, eingestürzt ist oder nicht; denn die Gesetze enthalten bei der auf Wiederherstellung eines ruinösen Werkes gerichteten Klage eine solche Unterscheidung, für welche auch ein innerer Grund nicht

vorliegt, keineswegs. Da es sich nicht von der Beseitigung eines angelegten Werkes handelt, so steht dem Klageanspruch auch nicht die Bestimmung der l. 19. D. de a, et a. pl. arc. entgegen; ebenso haben die Art 74 des Pfandgesetzes und 15 des Entwicklungsgesetzes hieher irgend einen Bezug, weil keine dingliche Last, sondern lediglich ein gegen den Besitzer der Sache gegründeter persönlicher Anspruch in Frage kommt.

An und für sich ist nun zwar die erwähnte Verpflichtung zur Wiederherstellung eines ruinösen und dadurch schädlichen Werkes insoferne keine unbedingte, als der Eigenthümer des Grundstückes, auf welchem das Werk errichtet ist, den Schaden von den Nachbarn auch dadurch abwenden kann, daß er die ganze Anlage — hier also die Dohle unter Offenlegung des Bachbettes — entfernt und hiedurch den früheren Zustand wieder herstellt. Frägt es sich aber, ob dieß im gegenwärtigen Falle überhaupt möglich wäre, da es sich von einer durch mehrere Grundstücke sich durchziehenden Dohle handelt, durch welche die ganze umliegende Lokalität verändert wurde, so kann jedenfalls von einer solchen Berechtigung des Bekl. deßhalb keine Rede seyn, weil er sich mit der einstweiligen Herstellung der Dohle durch die Stadtgemeinde einverstanden erklärt, und hiedurch bezüglich des dermalen erhobenen Anspruches, unter Verzicht auf sein Wahlrecht, zu erkennen gegeben hat, daß, wenn er überhaupt zur Beseitigung des dem Nachbar drohenden Nachtheils für verbindlich erklärt werden sollte, diese Verbindlichkeit unter Bestehenlassen der Anlage durch Instandsetzung dieser erfüllt werden solle. Es wäre auch offenbar dolos gehandelt, wenn der Beklagte, nachdem er sich mit der — große Kosten verursachenden Wiederherstellung der Dohle einverstanden erklärt hatte, nunmehr geltend machen wollte, er habe für den Fall seines Unterliegens nicht beabsichtigt, die Dohle bestehen zu lassen.

Durch die von der Stadtgemeinde ausgeführte Wiederherstellung der Dohle ist nun allerdings dem Klagepetitum Genüge geschehen. Da aber durch dieses Dazwischentreten

eines Dritten dem zwischen den Partheien anhängigen Rechtsstreit in keiner Weise präjudicirt, vielmehr immer noch der Streit, ob dem Beklagten gegenüber von dem Kläger die Verpflichtung obliege, den Schaden drohenden Zustand der Dohle durch Wiederherstellung derselben auf seine Kosten abzuwenden, zur richterlichen Entscheidung gebracht werden sollte, so war hierauf in der Weise, wie es im Erkenntniß geschehen, zu erkennen, wogegen dem Beklagten selbstverständlich seine Einwendungen gegenüber einer Ersatzklage der Stadtgemeinde bezüglich der Nothwendigkeit des gemachten Aufwandes vorbehalten bleiben.

Der Kläger verlangt von dem Beklagten auch noch Ersatz des ihm durch den bisherigen Zustand der Dohle angeblich zugegangenen Schadens. Dieser Anspruch erscheint jedoch nicht begründet, da mit der actio aquae pluviae arcendae nur Ersatz des nach der Litiskontestation eingetretenen Schadens gefordert werden kann,[5] der Kläger aber einen erst zu dieser Zeit eingetretenen Schaden nicht zu behaupten vermochte. Außerdem kommt in Erwägung, daß Kläger im Einzelnen überhaupt nur einen am 16. u. 17. Mai 1853 stattgefundenen Erdsturz als Folge des ruinösen Zustandes der Dohle zu bezeichnen wußte, daß aber rücksichtlich desselben der Stadtbaumeister F., auf welchen die Partheien in dieser Richtung prorogirten, sich dahin aussprach, daß es ebenso möglich sey, daß der eingetretene Schaden die Folge anderer Umstände gewesen sey.

XIV. Rechtsfall.[1] Die Wasserwerkbesitzer an der sogen. großen Blau zu U. Kl., gegen die Stadtgemeinde U. Bekl., Litisdenunziantin, und die Wasserwerkbesitzer an der sog. kleinen Blau, Litisdenunziaten, die Benützung des Blauflusses betreffend.

(Erkenntniß des Obertribunals v. 3. Juli 1858.)

Der Blaufluß, welcher in und bei U. in die Donau fließt, wird schon seit alten Zeiten vor seinem Eintritt in die

---

[5] l. 6. §. 6. D. de a. et a. pl. arc., Puchta Pandekten §. 395.

[1] Anmerk. der Red. Dieser Rechtsfall wurde den von dem

Stadt durch einen Wasserbau, den sog. Bescheid, in zwei Arme getheilt, deren einer die große, der andere die kleine Blau genannt wird, und welche beide zum Betrieb einer Reihe von Wasserwerken dienen. Von der kleinen Blau zweigt sich bei deren Eintritt in die Altstadt ein weiterer Arm ab, der im alten Festungsgraben fortläuft und das städtische Brunnenwerk treibt. In Folge der Baufälligkeit des alten Bescheids wurde derselbe in den letzten Jahren umgebaut, und dieser Neubau ist die Quelle fortdauernder Streitigkeiten geworden. Der Bescheid theilt, wie schon der Name große und kleine Blau zeigt, den Blaufluß nicht in zwei gleiche Arme, sondern weist dem einen Arme, der großen Blau, mehr Wasser zu, als der kleinen Blau, so daß letztere $^{6}/_{13}$ die große Blau $^{7}/_{13}$ der Wassermasse in sich aufnimmt. Dieses Theilungsverhältniß besteht nach den gemachten Erhebungen jedenfalls über 100 Jahre zurück und wurde auch bei dem Neubau des Bescheids beibehalten. Nun entstand aber darüber Streit, ob das städtische Brunnenwerk, dessen ungestörter Betrieb im öffentlichen Interesse liegt, und welches in wasserarmen Zeiten einen nicht unbedeutenden Theil des Blauwassers absorbirt; seine Speisung ausschließlich aus der kleinen Blau, von welcher der dafür bestimmte Kanal sich abzweigt, zu erhalten hat, oder ob je nach Bedarf auch die große Blau Wasser für das Brunnenwerk abzugeben hat. Ersteres behaupten die Wasserwerkbesitzer der großen Blauseite, letzteres machten die Stadtgemeinde und die Wasserwerkbesitzer der kleinen Blauseite geltend. Anfangs wurde der Streit von den Wasserwerkbesitzern an der großen Blau an die Administrativbehörde gebracht; nachdem aber der Stadtrath von U. am 27. Febr. 1855 erklärt hatte, daß er dem Brunnenwerk für dessen Bedürfniß keinen Abbruch geschehen lasse, und den Wasserwerk-

---

frühern Herausgeber gesammelten Fällen zur Darlegung der Gleichförmigkeit der Praxis des Obertribunals in der neuesten Zeit angereiht, wenn gleich für die Regel die bloße Mittheilung von Rechtsfällen ohne selbstständige Verarbeitung nicht im Plane der Redaktion liegt.

besitzern überlasse, ihr Recht an die Blau gegen die Stadt geltend zu machen, so erhoben die Werkbesitzer der großen Blauseite am 30. April 1856 bei dem Oberamtsgericht U. gerichtliche Klage gegen die Stadtgemeinde U. auf Anerkennung ihres ausschließlichen Benützungsrechts der großen Blauseite und Unterlassung der Verwendung dieses Wassers für das städtische Brunnenwerk. Zur Begründung dieser Klage wurde geltend gemacht, daß die große und kleine Blau von jeher nach dem Verhältnisse von 7 : 6 abgetheilt gewesen sey, und die Werkbesitzer an der großen Blau daher nach altem Herkommen ein Recht auf $^{7}/_{13}$ der Wassermasse haben. Das städtische Brunnenwerk liege an der kleinen Blauseite und sey damit auf das beschränkt, was die kleine Blau an Wasser liefere, ohne Berechtigung auf Benützung des Wassers der größeren Blauabtheilung, daher der Beschluß des Stadtraths von U., den Bedarf des Brunnenwerks von beiden Seiten zu nehmen, dem wohlerworbenen Rechte der Kl. und dem bisherigen Zustande widerspreche. Das Oberamtsgericht hatte bezüglich der Zuständigkeit des Civilrichters keinen Anstand. Nachdem aber die Sache in Folge erhobener Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung an den Gerichtshof gekommen war, wurde von diesem durch Beschluß vom 3. Okt. 1856 das Verfahren des Oberamtsgerichts wegen Unzuständigkeit der Civilgerichte aufgehoben, indem der Gerichtshof davon ausging, daß die Blau ein öffentlicher Fluß sey und die Regulirung der Benützung öffentlicher Gewässer im Allgemeinen in das Gebiet der Staatsfürsorge und Polizei, nicht in dasjenige des Richters gehöre, ein besonderer Privatrechtstitel aber nicht geltend gemacht sey.

Hiegegen wandten sich die Kläger beschwerend an das Obertribunal, wobei sie zu Begründung ihrer Beschwerde theils die Eigenschaft des Blauflusses als eines öffentlichen Wassers in Abrede zu ziehen, theils und insbesondere das Vorhandenseyn eines Privatrechtstitels nachzuweisen suchten, und zu diesem Behufe nicht nur auf Herkommen und Verjährung sich beriefen, sondern auch vertragsmäßige Festsetzung des von

ihnen in Anspruch genommenen Theilungsverhältnisses behaupteten. In letzterer Beziehung wurde geltend gemacht, daß im Jahr 1647 sämmtliche Interessenten der großen und kleinen Blau einen Vergleich unter sich abgeschlossen haben, wodurch die Abtheilung der gesammten Wassermasse des Blauflusses für sämmtliche Werkbesitzer der großen und kleinen Blauseite in der von den Klägern behaupteten Weise festgesetzt worden seye, und an diesem Vergleiche, welcher durch einen Akt von 1791—92 weitere Bestätigung erhalten, habe auch die Stadt wegen des städtischen Brunnenwerkes Theil genommen. Da dieses Vorbringen neu war, so wurde zunächst dem Gerichtshof anheimgegeben, bei dieser veränderten Sachlage die Zuständigkeit des Civilrichters einer erneuerten Prüfung zu unterwerfen. Der Gerichtshof aber, nachdem er zuvor die Vergleichsurkunde zu den Akten gebracht, beharrte durch Beschluß vom 6./8. Febr. 1858 auf seinem die Unzuständigkeit des Civilrichters aussprechenden Erkenntniß. Dabei wurde von dem Gerichtshof dahingestellt gelassen, ob in dem Vergleiche ein Privatrechtstitel überhaupt gefunden werden könnte, und die Entscheidung lediglich darauf gestützt, daß nach der vorliegenden Vergleichsurkunde die Stadtgemeinde U. an dem Vergleiche nicht Theil genommen habe. [2]

---

[2] Hienach hat der Gerichtshof die Gerichte aus dem Grund für unzuständig erklärt, weil derselbe angenommen hat, daß der zu Begründung eines Privatrechtstitels geltend gemachte Vertrag in Wirklichkeit nicht so abgeschlossen worden sey, wie kläg. Seits behauptet wurde. Dieser Grund ist unrichtig. Bei der Zuständigkeitsfrage kommt es überall nicht darauf an, ob die zu Begründung eines Privatrechtstitels geltend gemachten thatsächlichen Behauptungen richtig sind oder nicht, vielmehr gehört dieß zur Würdigung der Materie des Rechtsstreites. Bei Prüfung der Zuständigkeit handelt es sich lediglich darum, ob bei Unterstellung der Wahrheit der dem Anspruch zu Grunde liegenden thatsächlichen Behauptungen der Anspruch als ein privatrechtlicher sich darstellt. Ist dieß zu bejahen, so ist der Richter zur Entscheidung zuständig und jetzt erst hat derselbe die Richtigkeit der angebrachten Behauptungen zu prüfen, da diese Prüfung die vorgängige Festsetzung seiner Zustän-

Nun wandten sich die Kläger wiederholt mit einer Beschwerde an das Obertribunal, welche aber durch Erkenntniß vom 3. Juli 1858 aus folgenden Gründen verworfen wurde:

I. Die Kläger haben ihre Klage auf die Behauptung gestützt, daß ihnen als Besitzern der an der sogen. großen Blau liegenden Wasserwerke, nach altem Herkommen sowohl, wie vermöge besonderer Uebereinkunft mit den Wasserwerksbesitzern der kleinen Blauseite zum Betrieb ihrer Wasserwerke ein ausschließliches Recht auf $^7/_{13}$ der Gesammtwassermasse des Blauflusses zustehe, und die Stadtgemeinde kein Recht habe, den Wasserwerken der Kläger einen Theil dieser $^7/_{13}$ zum Betrieb des städtischen Brunnenwerks zu entziehen, während die bekl. Stadtgemeinde, in Gemeinschaft mit den Wasserwerkbesitzern der kleinen Blauseite als Litisdenunciaten, behauptet, daß die Stadtgemeinde berechtigt sey, das zum Betrieb des städtischen Brunnenwerks benöthigte Wasser von der ganzen Wassermasse des Blauflusses vorweg zu nehmen, und die Kl. nur $^7/_{13}$ der noch übrigen Wassermasse zum Betrieb ihrer Werke beanspruchen können. Der Streit hat somit den Umfang der den Klägern zustehenden Nutzungsrechte an dem Blauflusse zum Gegenstand.

II. Der Blaufluß ist ein öffentliches Wasser. Zwar sind nach gemeinem deutschem Recht nur die schiff- und floßbaren Flüsse unbedingt zu den öffentlichen zu rechnen, während kleinere Gewässer auch im Eigenthum von Gemeinden oder

---

digkeit voraussetzt. Zeigt sich in Folge der sofort einzuleitenden Verhandlungen, daß die für die privatrechtliche Natur des Anspruchs geltend gemachten thatsächlichen Behauptungen unrichtig sind, so ist die Klage als unbegründet, also aus einem materiellen Grunde, abzuweisen; auf die Zuständigkeit des Civilrichters ist dieß ohne allen Einfluß (vergl. Heft 1, S. 12 und Berner das Verf. in bürg. Streitsachen S. 70, 71, Ziff. 2.). Die Frage konnte daher im vorliegenden Falle nur seyn, ob darin, daß der kl. Anspruch auf den nach ihrer Behauptung abgeschlossenen Vertrag gestützt wird, die Begründung eines privatrechtlichen Titels enthalten war oder nicht. K.

Privaten sich befinden können. Allein wo ein solches Eigenthum sich nicht nachweisen läßt, kommt, wie das Obertribunal schon mehrfach ausgesprochen hat,[8] die Bestimmung des römischen Rechts auch jetzt noch zur Anwendung, wornach jedes beständig fließende Wasser, welches nicht ganz unbedeutend ist, zu den öffentlichen Wassern zu zählen ist.[9] Da nun der Blaufluß ein nicht unbedeutender, mehrere Stunden durch zwei Oberämter sich hinziehender, zu dem Stromgebiete der Donau gehöriger Nebenfluß ist, so findet die Regel des röm. Rechts volle Anwendung auf denselben, und er ist als ein öffentliches Wasser zu behandeln, so lange nicht dargethan wird, daß derselbe im Privateigenthum sich befindet. In dieser Beziehung fehlt es aber schon an entsprechenden thatsächlichen Behauptungen.

III. Kl.-Seits wird jedoch geltend gemacht, daß, wenn auch die Blau ein öffentlicher Fluß wäre, sie diese Eigenschaft jedenfalls durch die Aufnahme in den sog. Bescheid und das damit verbundene künstliche Kanalsystem verloren habe. Allein dadurch, daß ein öffentliches Wasser zum Behuf des Betriebs von Wasserwerken durch einen künstlichen Kanal geleitet wird, geht dieses Wasser, ohne den Hinzutritt besonderer hier nicht geltend gemachter Umstände, nicht von selbst in das Privateigenthum über. Künstliche Anlagen und Veränderungen am Flußbett bilden die regelmäßige Voraussetzung und Bedingung der zweckentsprechenden Benützung einer Wasserkraft, und wo solche künstliche Vorrichtungen geschaffen werden, geschieht dieß der Regel nach zu keinem andern Zweck, als um die Ausübung des Nutzungsrechts an dem Wasser zum Betrieb des fraglichen Wasserwerks zu ermöglichen. In der Gestattung einer solchen Anlage und in deren Errichtung liegt daher an sich weder die Einräumung noch die Ausübung einer weiter gehenden Dispositionsbefugniß über das Wasser, als zum Be-

---

[8] Sarwey, Monatschrift Bd. 17, S. 208, 209. Württ. Archiv, Bd. 1. S. 255, 268, 269, 271, 272, 412.

[9] l. 1. §. 1—3. D. de flumin. (43, 12) §. 4. J. de rer. div. (2, 1), l. 4. §. 1. D. de div. rer. (1, 8.).

trieb des Wasserwerks erforderlich ist, also die Ausübung und Einräumung eines durch und auf jenen Zweck beschränkten Nutzungsrechts an dem Wasser. Das Kanalbett kann in einem solchen Falle möglicherweise im Privateigenthum seyn, das durch den Kanal fließende Wasser bleibt ein öffentliches.[10]

IV. Die Benützung öffentlicher Wasser zur Anlage und zum Betrieb von Wasserwerken unterliegt der Genehmigung der Staatsgewalt; jedes Recht auf eine derartige Benützung von Wasserkräften stellt sich daher als ein von der Staatsgewalt abgeleitetes, von dieser ausdrücklich oder stillschweigend verliehenes, und ebendamit als ein Ausfluß und Verhältniß des öffentlichen Rechts dar. Das Obertribunal hat demgemäß, in Uebereinstimmung mit einer am 9. Sept. 1846 Behufs der Entscheidung eines Kompetenzkonflikts ergangenen höchsten Entschließung, den Grundsatz angenommen, daß für die Entscheidung von Streitigkeiten über den Inhalt und Umfang von Nutzungsrechten der gedachten Art an öffentlichen Gewässern und das Verhältniß mehrerer Berechtigter zu einander nicht die Gerichte, sondern die Verwaltungsjustizbehörhörden zuständig seyen, es würde denn ein besonderer Privatrechtstitel für das streitige Recht geltend gemacht und begründet werden können.[11]

V. Als einen solchen Privatrechtstitel haben die Kläger

1) Herkommen oder Verjährung geltend gemacht, indem sie behaupten, daß die künstliche Theilung des Blauflusses, wodurch ihren Werken $^{7}/_{13}$ der ganzen Wassermasse zugewiesen werde, seit unvordenklicher Zeit bestehe. Allein Verjährung und Herkommen sind, wie das Obertribunal schon in vielen Fällen anerkannt hat, keine dem Privatrecht ausschließlich angehörige Rechtsquellen, vielmehr können Herkommen und Verjährung auch öffentlich rechtlicher Natur seyn

---

[10] Württ. Archiv Bd. 1. S. 263. 269. 273–275.

[11] Monatschrift Bd. 17. S. 190–205. Württ. Archiv Bd. 1. S. 250–254, 272, 410, 411.

und Verhältnisse des öffentlichen Rechts zum Gegenstand haben. Einen privatrechtlichen Erwerbstitel bilden sie nur, wenn sie sich auf ein privatrechtliches Verhältniß beziehen, während ein an sich dem Gebiet des öffentlichen Rechts angehöriger Zustand dadurch, daß er längere Zeit gedauert, nicht zum privatrechtlichen wird. [12]

Die Benützung des Blauflusses und die Theilung der Wasserkraft unter den verschiedenen Berechtigten ist aber, wie gezeigt, ein Verhältniß des öffentlichen Rechts, es liegt daher, mag das von klägerischer Seite behauptete Theilungsverhältniß noch so lange schon bestehen, hierin kein die richterliche Zuständigkeit begründender Privatrechtstitel.

2) Die Kläger behaupten zwar weiter, daß das von ihnen in Anspruch genommene Theilungsverhältniß des Blauwassers schon ihm Jahr 1647 durch einen zwischen sämmtlichen Wasserberechtigten abgeschlossenen Vertrag, an welchem auch die Stadtgemeinde U. wegen des städtischen Brunnenwerks Theil genommen, geregelt worden sey, und diese Regelung auch durch einen weiteren Akt von 1791 wiederholte Anerkennung gefunden habe. Allein auch diese Behauptung ist nicht geeignet, die civilrichterliche Kompetenz zu begründen, soferne, wie das Obertribunal schon mehrfach anerkannt hat, [13] ein Privatrechtstitel nicht schon dadurch, daß ein öffentlich-rechtliches Verhältniß überhaupt im Wege der Uebereinkunft von den Betheiligten unter sich geregelt worden, begründet wird, da auch Verhältnisse des öffentlichen Rechtes Gegenstand einer Uebereinkunft seyn können, ohne daß an der öffentlich-rechtlichen Natur des Verhältnisses und der Zuständigkeit der Behörden dadurch etwas geändert wird. [14]

[12] Seuffert Archiv Bd. 4. S. 404. 407. Württ. Archiv Bd. 2. S. 15—17.

[13] Seuffert Archiv Bd. 4. S. 404. Württ. Archiv Bd. 1. S. 275, 410, 411 vgl. S. 418—421. Bd. 2. S. 15—17.

[14] Anmerk. d. Red. Die Grundsätze in dieser Beziehung sind noch vielfach schwankend, und es wird in einem der nächsten Hefte diese Frage an der Hand der Praxis des K. Geheimenraths und des K. Obertribunals weiter erörtert werden.

Dieß trifft insbesondere bei dem von den Klägern geltend gemachten Vergleiche vom 30. März 1647 zu, da derselbe, wie auch der weitere Akt vom 21/22. Febr. 1791, nach der von den Klägern vorgelegten Abschrift, dem ganzen Inhalte nach nur die — den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes unterliegende Vertheilung der Wasserkraft unter den Berechtigten zum Gegenstand hat, und schon hienach lediglich als eine Regulirung des öffentlich-rechtlichen Verhältnisses, nicht aber als ein selbstständiger Grund und Titel der Berechtigung für die einzelnen Betheiligten sich darstellt. Daß aber auch die Kontrahenten selbst es nicht anders angesehen und an die Begründung eines privatrechtlichen Verhältnisses unter sich nicht gedacht haben, bestätigt der mit einer ähnlichen Bestimmung im Eingang der Vergleichsurkunde übereinstimmende Schluß derselben, „daß ein diesem Verglich in all' Wegen „E. E. Rath oder deren vorangeordneten Wassergeschwore- „nen nicht vorgeschrieben seye, sondern allweg auf derselbigen „Gutachten und Spruch verbleiben solle", womit das gegenseitige Verhältniß der Kontrahenten als ein den Normen des öffentlichen Rechtes unterliegendes, somit als ein öffentlich-rechtliches Verhältniß unzweideutig anerkannt ist. Hiezu kommt, daß es sich in vorliegendem Rechtsstreite um die Benützung des Blauwassers für das städtische Brunnenwerk handelt, dessen ungestörter Betrieb im Interesse des öffentlichen Wohles geboten ist, wogegen eine privatrechtliche Beschränkung nicht Platz greifen könnte.

II.

Literarische Mittheilungen.

1) **Die Gefängnißverbesserung, insbesondere die Bedeutung und Durchführung der Einzelhaft im Zusammenhang mit dem Besserungsprinzip nach den Erfahrungen der verschiedenen Straf-**

anstalten von Dr. K. J. Mittermaier, Geheimer Rath und Professor in Heidelberg. Erlangen, Verlag von Ferdinand Enke. 1858.

Durch die Ueberfüllung unserer Strafanstalten, die im Jahr 1850 anfing fühlbar zu werden und im ersten Viertheil des Jahres 1855 ihren Höhepunkt erreicht hatte, war die Gefängnißfrage auch in Württemberg wieder in den Vordergrund gerückt worden. Man war zuvörderst zu der Erkenntniß gelangt, daß durch das System der lange dauernden Freiheitsstrafen, mit welchen man dem Verbrechen im Allgemeinen und insbesondere den Rückfällen in das Vergehen des Diebstahls am wirksamsten zu steuern vermeint hatte, nicht nur der angestrebte Zweck nicht erreicht, sondern auch in Zeiten des Mangels und der Geschäftslosigkeit dem Land eine drückende Last auferlegt worden sey. Indem man zugleich die Wahrnehmung gemacht zu haben glaubte, daß eine unzeitige Humanität für das Wohlbefinden der Gefangenen zu reichlich gesorgt hatte, kam man zu dem Ergebniß, daß die Freiheitsstrafen einerseits in ihrer Dauer abzukürzen, andererseits in der Art ihres Vollzugs zu verschärfen seyen.

Die Folge hievon war das Gesetz vom 14. April 1855, betreffend einige Aenderungen hinsichtlich des Maßes und des Vollzugs der Freiheitsstrafen in Verbindung mit der gleichzeitigen Verschärfung der Hausordnungen. Aber auch gegen das System der gemeinsamen Haft überhaupt hatten sich die schon früher rege gewordenen Bedenken gesteigert, und ein schon im Jahr 1847 vorbereiteter, sodann aber zurückgelegter Entwurf eines Gesetzes über Zellenhaft wurde umgearbeitet und im Jahr 1854, sodann nach Auflösung der zweiten Kammer im Jahr 1856 auf's Neue bei den Ständen eingebracht. Bekanntlich hat die zweite Kammer auf den Grund eingehender Kommissionsarbeiten [1]

---

[1] Vergl. übrigens hierüber die Heidelberger kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft. Bd. 5. S. 317 ff.

und Berathungen dem Regierungsentwurf in seinen Hauptzügen mit überwiegender Mehrheit zugestimmt. Inzwischen hatten in Folge der Fruchtbarkeit der letzten Jahre und der allerwärts sich mehrenden Gelegenheit zu lohnender Arbeit die Verhältnisse hauptsächlich der niederen Volksklassen sich wesentlich gebessert, und gleichzeitig hatten sich die Strafanstalten rasch entleert (die im März 1855 auf 3260 angewachsene Zahl der Strafgefangenen hat sich bis zum Juli l. J. auf 1555 vermindert), was zwar zum Theil dem oben erwähnten Gesetz zuzuschreiben, hauptsächlich aber, sofern die Zahl der Einlieferungen sich in überraschender Weise verminderte, den günstigen Zeitverhältnissen zu verdanken war. — Diese Erscheinung verfehlte wiederum nicht, auf dem Gebiet der Gefängnißfrage ihre Wirkung zu äußern. Denn Angesichts der frisch gemachten Erfahrung, daß die Ursachen der Vermehrung und Verminderung der Verbrechen nicht sowohl in der Art des Vollzugs der Freiheitsstrafen, als vielmehr in ganz anderen äußeren Verhältnissen zu suchen seyen, mochte die Kammer der Standesherren, bei welcher der Entwurf über den Strafvollzug in einem Zellengefängniß erst im Mai l. J. zur Berathung kam, um so weniger Bedenken tragen, diesem Entwurf, der die Exigenz einer sehr namhaften Summe im Gefolge hatte, zur Zeit ihre Zustimmung zu versagen.

Man wird über den größeren oder geringeren Werth der Gefängnißreform, insbesondere über die Wirkungen der einsamen Haft bei der Vielgestaltigkeit der hier maßgebenden Einflüsse wohl nie zu vollständiger Einigung der Ansichten gelangen. Zur Zeit wenigstens dürfte nur das Eine, blos negative Ergebniß durch die Erfahrung festgestellt seyn, daß das System der Gemeinschaftshaft, wie es dermalen noch in Württemberg und auch anderwärts besteht, dem Zweck der Abschreckung nicht genügend entsprochen hat, und anstatt die Besserung der Sträflinge anzubahnen, der Verschlechterung der noch nicht ganz verdorbenen Verbrecher mehrfach Vorschub leistet, während bei

der Einzelhaft die gegenseitige moralische Ansteckung ausgeschlossen ist. Wenn man daher dem Bericht der Kommission der ersten Kammer darin beistimmen mag, daß die nach pensylvanischem Muster eingerichteten Strafanstalten bis jetzt noch keine ganz sicheren Erfahrungen in Absicht auf die Besserung der Verbrecher und die Verminderung der Rückfälle aufzuweisen vermögen, wenn man ferner mit jenem Bericht zu beachten hat, daß in England und Frankreich, wo mit dem System der Zellenhaft bereits mehr oder weniger umfassende Versuche gemacht worden sind, dasselbe in neuerer Zeit bedeutende Einschränkungen erlitten, beziehungsweise von der Regierung vorerst ganz aufgegeben worden ist, — wenn man endlich zugeben muß, daß jene Haftweise noch immer in fortwährender Entwicklung begriffen ist und die Ansichten über ihre Vorzüge und noch mehr über die Art ihrer Durchführung noch keineswegs zu einem Abschluß gelangt sind, — so verdienen die Stimmen derjenigen, welche in der Lage sind, über die wichtige Frage der Gefängnißreform Erfahrungen und ihre hierauf gegründeten Ansichten mitzutheilen, um so größere Beachtung.

Der Herr Verfasser der von uns angezeigten Schrift hat schon seit Jahren jener Frage seine unermüdete Thätigkeit zugewendet, seine ausgebreitete Bekanntschaft mit auswärtigen Strafanstalten und deren Vorstehern setzen ihn vor vielen Andern in den Stand, zu Lösung der Frage beizutragen, und er hat sich durch diese neue reichhaltige und anregende Schrift um die Gefängnißreform auf's Neue verdient gemacht.

Dieselbe zerfällt in der Hauptsache in zwei Theile, in deren einem der Herr Verfasser die neuerdings gemachten Erfahrungen über die Zellenhaft und die Ansichten derjenigen mittheilt, welchen im Gefängnißwesen ein Urtheil zusteht, während in dem andern Theil die Ergebnisse aus jenen Erfahrungen und Mittheilungen und aus dem an die Spitze gestellten Strafprinzip sowohl hinsichtlich des

Werthes der Einzelhaft überhaupt, als auch insbesondere über die Bedingungen und die Art ihrer Anwendung und Durchführung gezogen und Beiträge zur Verständigung unter den verschiedenen Ansichten gegeben werden.

Indem wir vorzugsweise von dem gegenwärtigen Stand der Gefängnißfrage in Württemberg ausgehen, können wir den ersten Theil der Mittermaier'schen Schrift als eine Ergänzung und Fortführung unserer ständischen Kommissionsarbeiten betrachten.

Im Allgemeinen wird angeführt, daß das System der Zellenhaft in der Ueberzeugung der Sachverständigen und in den Gesetzgebungen immer mehr Boden gewinne.

Was insbesondere die letzteren angeht, so wird die Gesetzgebung in Toskana als die einzige hervorgehoben, welche die sofortige Durchführung der Einzelhaft in allen Strafanstalten angeordnet hat (1853). Die Berichte über die Erfolge der Einzelhaft namentlich auch in Bezug auf die Zahl der Rückfälle wird als günstig bezeichnet. Bemerkenswerth ist sodann die oldenburgische Strafanstalt in Vechta unter der Leitung des Direktors Hayer, wo neben der gemeinsamen Haft mit der Zellenhaft ein Versuch gemacht, und da sich letzteres System als das bessere bewährte, dessen Anwendung im Jahr 1840 weiter ausgedehnt wurde.

Bezüglich der Zellengefängnisse in Amerika werden Berichte von Einheimischen und Auswärtigen angeführt, und es ist zu bemerken, daß namentlich die Letzteren dem pensylvanischen System den Vorzug geben. Im Uebrigen wird bemerkt, daß hier einer guten Durchführung des Systemes manche Hindernisse im Wege stehen, und daß aus den statistischen Nachrichten besonders über die Zahl der vorkommenden Rückfälle keine sicheren Schlüsse zu ziehen seyen.

Im Gegensatz von den Zellengefängnissen in Amerika, wo, wie in Baden nur die schwereren Strafen abzubüßen sind, werden in Norwegen (Christiania), Holland

(Amsterdam), Mecklenburg (Dreibergen), die zu kürzeren Freiheitsstrafen Verurtheilten der Einzelhaft, und zwar mit günstigem Erfolg, unterworfen. — In Piemont soll nach einem Gesetz von 1857 in den Untersuchungsgefängnissen und für Sträflinge, deren Freiheitsstrafe 1 Jahr nicht übersteigt, die Einzelhaft eingeführt werden. — In England wird nach der Gesetzgebung von 1855 die Einzelhaft bei kürzer dauernden Strafen für die ganze Zeit, bei länger dauernden (Transportation und pinal servitude) nur während der ersten 9 Monate angewendet. Es werden Berichte und statistische Uebersichten aus den letzten Jahren angeführt, welche jedoch bezüglich der Wirkungen der Einzelhaft kein entscheidendes Ergebniß liefern, sowie auch in den Ansichten über die Durchführung derselben noch große Verschiedenheit sich findet. — Aus Irland, wo die Gefangenen ebenfalls während der ersten 9 Monate isolirt, sodann in gemeinsame Haft gebracht werden, wird von einer neuen durch den Gefängnißdirektor Crafton eingeführten Einrichtung berichtet, wornach die Gefangenen nach einigen Jahren in eine Zwischenanstalt verpflanzt werden, wo sie größere Freiheit genießen, und indem sie die Kraft bewähren, Versuchungen zu widerstehen, sich der völligen oder bedingten Begnadigung würdig zeigen können.

Auf der Insel Corfu wird jeder Sträfling bei seinem Eintritt in die Anstalt der Einzelhaft, jedoch nicht wie in England auf bestimmte Zeit, sondern nur auf so lange unterworfen, als der Gefängnißdirektor es für nöthig findet, um den Sträfling kennen zu lernen und entscheiden zu können, ob er in Gemeinschaft mit Anderen gebracht werden könne. Diejenigen, die sich in der gemeinsamen Haft schlecht betragen, können in die Einzelhaft zurückgebracht werden. Der Vorstand der Anstalt berichtet über günstige Wirkungen dieses Systems, namentlich in Beziehung auf die Zahl der vorkommenden Rückfälle.

Ein gemischtes System ist seit 1850 auch auf der

Insel Malta eingeführt. — In Belgien, wo das System der Einzelhaft allmählig für alle Gefängnisse (Untersuchungsgefängnisse, wie Strafanstalten) durchgeführt werden soll, sind die Erfahrungen über dieses System günstig, wovon der Herr Verfasser selbst bei einem Besuch der Anstalt in Lüttich sich überzeugt hat. — Aus Preußen, wo erst seit Kurzem unter Wichern's Leitung ein ernstlicher Versuch mit Durchführung der Einzelhaft gemacht wird, konnten noch keine Erfahrungen über die erzielten Erfolge mitgetheilt werden. — Schließlich wird angeführt, daß in Bayern, während im Jahr 1846 bei den Kammerverhandlungen die Einzelhaft als ein undurchführbares System verworfen worden ist, bei der im Jahr 1857 stattgehabten Verhandlung des Gesetzgebungsausschusses einstimmig ausgesprochen wurde, daß das genannte System als Gattung des Strafvollzugs in Betracht kommen soll. — Das Obermaier'sche System, dessen Blößen neuerdings mehrfach zu Tag getreten sind, wird einer strengen Kritik unterworfen. — Am Wichtigsten sind für uns immer noch die Erfahrungen, welche seit dem neunjährigen Bestehen der Bruchsaler Anstalt gemacht und hauptsächlich in der bekannten Schrift von Füeßlin[2] niedergelegt sind.

Von den neuesten Aeußerungen und wissenschaftlichen Leistungen Sachverständiger in Bezug auf die Einzelhaft erwähnt der Herr Verfasser hauptsächlich der einschlägigen Verhandlungen bei dem im vorigen Jahr zu Frankfurt abgehaltenen internationalen Wohlthätigkeitskongreß, wo die Einzelhaft für die den Forderungen der Gerechtigkeit und der gebotenen Rücksicht auf das körperliche, geistige und sittliche Wohl der Gefangenen entsprechende Vollzugsweise erklärt wurde. (Wir machen hier auf den zweiten

---

[2] Die Beziehungen des neuen bad. Strafgesetzes zum Pönitentiarsysteme u. s. w. Karlsruhe 1853. — Ein Bericht über dieses Schriftchen findet sich in der Heidelberger kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft. Bd. 2. S. 101 ff.

Band der neuerlich veröffentlichten Verhandlungen des gedachten Kongresses aufmerksam.) — Ferner werden angeführt: der Bericht eines früheren Gegners der Einzelhaft, des schon genannten Vorstandes der Strafanstalt in Vechta an die oldenburg'sche Regierung vom Jahr 1856, wo die Gemeinschaftshaft im Allgemeinen als bedenklich und die Einzelhaft für den Anfang der Strafzeit gefordert wird, — sodann ein von dem Vorstand der nach Auburn'schem System eingerichteten St. Gallen'schen Anstalt, Moser, auf Verlangen der Aargau'schen Regierung entworfenes Programm, wo der Einzelhaft bei kürzerer Dauer der Strafe der Vorzug gegeben wird. — Endlich wird hingewiesen auf die neuern Schriften von Diez, Schlatter, Corvin, Hägele, auf das Werk von Ducpetiaux, des conditions d'application du système de l'emprisonnement séparé ou cellulaire (1857), und v. Röder über die nothwendige Rückwirkung der Einführung der Einzelhaft auf die Gesetzgebung (1857).[3]

Man wird das Ergebniß dieses Theils der Mittermaier'schen Schrift dahin feststellen dürfen, daß die neuerdings gemachten Erfahrungen und die in den letzten Jahren laut gewordenen Stimmen von Sachverständigen der Isolirung der Gefangenen mit gewissen Einschränkungen bezüglich der Dauer der Einzelhaft und der Individualität der Gefangenen günstig sind, — daß allerdings im Einzelnen eine bunte Verschiedenheit der Ansichten sich zeigt, welche aber bei der Mannigfaltigkeit der hier einwirkenden Verhältnisse und da die praktischen Wirkungen der verschiedenen Ansichten über die Durchführung des Systems meist in engen, oft kaum erkennbaren Grenzen sich bewegen werden, wohl nie völlig ausgeglichen werden wird.

---

[3] Eine Uebersicht über die fortwährend anwachsende Literatur und den gegenwärtigen Stand der Gefängnißfrage gewähren die eingehenden Berichte der Heidelberger kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft. Bd. 4. S. 242 ff. Bd. 5. S. 20 ff. 48 ff. 244 ff. u. 305 ff.

Uebergehend zu dem zweiten Theil der Schrift, worin zunächst die Schwierigkeiten in der Durchführung des Systems der Einzelhaft (§. 7), sodann die Bedingungen der erfolgreichen Wirksamkeit derselben (§. 8—19) entwickelt werden, — stellt der Herr Verfasser das Strafprinzip, von welchem auszugehen ist, voran. Er erkennt als Hauptzweck der Strafe die moralische Besserung des Verbrechers, wobei allerdings zugleich gefordert werde, daß das Merkmal der Strafe aufrecht erhalten bleibe, nach welcher sie ein im gerechten Verhältniß mit der Verfehlung des Verbrechers stehendes Leiden sey und das Maaß derselben durch das Strafurtheil ausgesprochen werde.

Es ist hier nicht der Ort, den Streit über das Wesen und die Zwecke der Strafe aufzunehmen, wir müssen aber, um den Standpunkt festzustellen, von welchem unseres Dafürhaltens die Einzelhaft zu beurtheilen und durchzuführen ist, obigen Satz umkehren und das im Recht begründete Prinzip der Strafe an die Spitze stellen, das wir in Uebereinstimmung mit den meisten neueren Vertretern der Strafrechtswissenschaft in der gerechten Wiedervergeltung, in der Genugthuung für begangenes Unrecht finden, und diesem Prinzip, das, abgesehen von seiner spekulativen Begründung, im natürlichen Rechtsgefühl wurzelt, alle übrigen Zwecke, welche durch die Strafe erreicht werden können und sollen, insbesondere auch denjenigen der moralischen Besserung des Verbrechers unterordnen. — Wir möchten uns im Interesse des Systems der Einzelhaft selbst dagegen erklären, daß zu dessen Rechtfertigung gegenüber der Gemeinschaftshaft der Zweck der moralischen Besserung überall in den Vordergrund gestellt werde. Denn man wird zugeben müssen, daß den Zweifeln, welche die Gegner des Systems gerade von dieser Seite gegen dessen Wirksamkeit zu erheben pflegen, keine irgend zuverläßigen Erfahrungen entgegengestellt werden können. —

Wenn es dem Wesen der Strafe entspricht, daß durch die Art ihres Vollzuges der im Verbrechen weiter Voran-

geschrittene härter getroffen werde, als der minder Verdorbene und zur Reue Geneigtere, so ist schon vom rechtlichen Standpunkt aus der Vorzug der Einzelhaft vor der Gemeinschaftshaft dargethan, sofern letztere, wie die Erfahrung lehrt, in der Regel dem Verdorbenen eine Erleichterung gewährt, für den Besseren eine Pein ist. — Auch liegt ein Unrecht darin, den Verurtheilten durch die Art des Strafvollzuges in eine Lage zu versetzen, in der er sich der stündlichen Einwirkung der verdorbensten Verbrecher nicht entziehen kann. Handelt es sich sodann von der Frage der Zweckmäßigkeit, so darf unseres Erachtens über dem Zweck der moralischen Besserung, dessen volle Berechtigung wir nicht verkennen, und welcher durch die Einzelhaft, wo nicht erst ermöglicht, so doch wesentlich gefördert wird, — der weitere durch die Isolirung eher als durch die gemeinsame Haft zu erreichende Zweck der Abschreckung — denn auch ihn halten wir für berechtigt — und der Vortheil nicht außer Beachtung bleiben, daß bei der Einzelhaft, als dem intensiveren Uebel die Dauer der Strafe erheblich abgekürzt werden kann, ein Vortheil, der schon wegen der nicht abzuweisenden finanziellen Rücksichten nicht ohne Bedeutung ist.

Von unserem Standpunkt aus, wonach die Strafe ihre Rechtfertigung in ihrer inneren Nothwendigkeit und ihr Maaß an dem bestimmten Verbrechen nach seinen objektiven und subjektiven Momenten findet, müssen wir, um dieß schon jetzt zu erwähnen, nicht nur in Uebereinstimmung mit dem Herrn Verfasser gegen die von Einzelnen vorgeschlagene Errichtung von Zwitteranstalten für Gefangene, die ihre Strafzeit abgebüßt, aber in der Strafanstalt sich schlecht betragen haben (§. 20), uns entschieden erklären, sondern wir können auch andererseits gegen das in einigen Ländern (wohl theilweise um äußerer Rücksichten willen) eingeführte System der bedingten Begnadigung (Urlaubsscheine tikets of leave §. 18) und die damit zusammenhängende Einführung von Anstalten, die zwischen

Gefängniß und Freiheit stehen, wie solche in Irland getroffen ist (§. 19), unsere rechtlichen Bedenken nicht unterdrücken, ganz abgesehen von den Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten, welche bei Durchführung solcher Einrichtungen nicht ausbleiben werden. —

In den Strafanstalten — ist wie in den Heilanstalten für Geisteskranke die — Aufgabe eine gedoppelte. Sie besteht eines Theils in der Erhaltung der Alles umfassenden, unabänderlichen Ordnung, des gleichmäßigen Mechanismus, in welchem das Leben und Treiben der Gefangenen Tag für Tag sich zu bewegen hat, — anderntheils die Einwirkung auf die Individuen in all' ihrer Mannigfaltigkeit. — In den Strafanstalten mit gemeinsamer Haft, wenigstens in den größeren, wird man in der Regel bei der ersten Aufgabe stehen bleiben, und es artet wohl auch die an sich nothwendige und wohlthätige Ordnung in ein pedantisches Militärregiment aus. Durch das System der Einzelhaft tritt die zweite Richtung in ihr Recht ein; hier beginnen aber auch die Schwierigkeiten, welche, wie der Herr Verfasser aufweist, mit der Durchführung dieses Systems verbunden sind und zu deren Ueberwindung in seiner Schrift beachtenswerthe Winke gegeben werden. Wir können uns nicht versagen, insbesondere auf die Bemerkungen hinzuweisen, mit denen der Herr Verfasser vor einseitigen religiösen Einwirkungen auf die Sträflinge nachdrücklich warnt (S. 82, 83, 93).

Im weiteren Verlauf der Schrift werden sofort die Bedingungen der erfolgreichen Wirksamkeit der Einzelhaft des Näheren entwickelt. Dahin gehört: Zweckmäßige Einrichtung des Baues der Anstalt (§. 9), zweckmäßige, den Vorstand der Anstalt nicht zu sehr beschränkende Oberleitung, Anstellung geeigneter Gefängnißbeamten und angemessenes Verhältniß unter denselben, Bestellung eines tüchtigen Aufsichtspersonals (§. 10). Als unabweisbare Voraussetzung dürfte vor Allem hier die Erkenntniß hervor-

zuheben seyn, daß eine unzeitige Sparsamkeit alle Vortheile auch des besten Systems in Frage stellt.

Wenn in den folgenden Abschnitten, wo Regeln in Beziehung auf die Behandlung, den Unterricht und die Beschäftigung der Gefangenen in der Einzelhaft gegeben werden, der Besserungszweck wiederum als das maßgebende Prinzip hingestellt wird, so müssen wir dagegen dem Obigen zufolge unbeschadet des Geistes der Humanität, der Alles zu durchdringen hat, den ganzen Ernst der zu Recht erkannten Strafe in die Wagschale legen. — Gegen das Maskentragen und die Absonderung in der Kirche werden Bedenken erhoben (S. 100, 102), dagegen wird der Einführung von Belohnungen für gutes Verhalten das Wort geredet.

Hinsichtlich der zulässigen Dauer der Einzelhaft, deßgleichen über die Frage, ob die Einzelhaft nur als erste Stufe des Strafvollzuges und Vorbereitungsmittel für die gemeinsame Haft anzuwenden, oder wenigstens nach Umfluß einer längeren Zeit in die Gemeinschaftshaft zu verwandeln sey, gehen die Gesetzgebungen und die Ansichten der Sachverständigen noch immer weit auseinander und werden wohl auch nie zu völliger Uebereinstimmung gelangen. Auch der Herr Verfasser weiß keinem der verschiedenen Systeme den unbedingten Vorzug zu geben; er spricht sich aber über die nothwendigen Voraussetzungen des einen oder andern in §. 13 (s. auch S. 77, 78) aus. — Die folgenden Paragraphen (§. 14, 15) handeln von der Nothwendigkeit, einzelne Gefangene, deren Isolirung mit Gefahr für ihre Gesundheit verbunden ist, aus der Einzelhaft zu entlassen oder ihr gar nicht zu unterwerfen, und von der Sorge für die körperliche und geistige Gesundheit der Gefangenen überhaupt. In letzterer Beziehung wird unter Anerkennung der Schwierigkeit, zuverlässige Erfahrungen hierüber zu sammeln, die Ansicht begründet, daß von der Einzelhaft bei zweckmäßiger Durchführung und Anwen-

dung der nöthigen Sorgfalt kein störender Einfluß auf das Seelenleben der Gefangenen zu fürchten sey.

In §. 16 wird die Forderung einer umfassenden Durchführung der Einzelhaft, insbesondere auch deren Anwendung auf Untersuchungsgefängnisse, wo übrigens die Verfolgung des Besserungszweckes zum Mindesten sehr zu beschränken seyn wird, mit Entschiedenheit aufgestellt, auch wird die Frage erörtert, ob die zu lebenslänglicher Strafe und die wegen politischer Verbrechen Verurtheilten der Einzelhaft zu unterwerfen seyen. — Der §. 17 handelt von der Nothwendigkeit der Umgestaltung der Strafgesetzgebung im Einklang mit dem Wesen der Einzelhaft, und wir sind hier hauptsächlich im Interesse des Besserungszweckes ganz damit einverstanden, daß die Dauer der Freiheitsstrafen abgekürzt, die Ehrlosigkeit auf Lebenszeit beseitigt, die Strafschärfungen und die Stellung unter polizeiliche Aufsicht (s. auch S. 155—156) zum Mindesten beschränkt werden sollen, Forderungen, welche die neuere württ. Strafgesetzgebung in der Hauptsache bereits berücksichtigt hat.

Als nothwendigen Abschluß des Systems der Einzelhaft verlangt der Herr Verfasser die Errichtung von Vereinen zum Zweck der Sorgfalt für entlassene Sträflinge (§. 21), und endlich kommt er auf die Nothwendigkeit von Straf- und Besserungsanstalten für jugendliche Sträflinge und verwahrloste Kinder und auf die hierüber bestehenden Gesetzgebungen und Erfahrungen zu sprechen.

Wir schließen mit dem Wunsch, daß der Herr Verfasser fortfahren möge, durch Mittheilung der ihm von allen Seiten zugänglichen Erfahrungen über das Gefängnißwesen und die Einzelhaft insbesondere und der Ergebnisse aus denselben die Abklärung und Feststellung der Ansichten über diesen wichtigen Gegenstand zu fördern.

---

2) Handbuch der württembergischen Ehegesetze nach dem protestantischen und katholischen Recht von G. A. Süskind, Pfarrer in Darmsheim, und G. Werner, Pfarrer in Stammheim. II. Das Gesetz vom 1. Mai 1855 über einige Abänderungen des bestehenden Eherechts. 1856. Im Selbstverlag der Verfasser.

Die durch das Gesetz vom 1. Mai 1855 an dem bestehenden Eherecht getroffenen Abänderungen bestehen darin, daß

1) das seitherige Verfahren und die priesterliche Zuständigkeit bezüglich der, zur bürgerlichen Giltigkeit einer Ehe zwischen Christen regelmäßig erforderlichen, kirchlichen Trauung geändert,

2) ausnahmsweise für Ehen zwischen Personen, welche einer nicht vom Staate als Körperschaft anerkannten christlichen Religionsgesellschaft angehören, oder deren kirchliche Trauung von den hiefür zuständigen Geistlichen verweigert wird, die Civilehe eingeführt und

3) die landesherrliche Dispensation für mehrere bisher indispensable Verwandtschaftsgrade ermöglicht wurde.

Die Veranlassung zu den unter Ziff. 1 u. 2 gedachten Abänderungen gaben die mancherlei Anstände, welche sich hinsichtlich der Schließung von Ehen unter Baptisten und unter katholischen Dissidenten (Deutschkatholiken), sowie wegen der Einsegnung gemischter Ehen zwischen Angehörigen der evangelischen und katholischen Kirche ergeben haben.

Was die letzteren betrifft, so konnte nach der älteren württ. Gesetzgebung ein gemischtes Paar ohne spezielle landesherrliche Genehmigung im Herzogthum gar nicht getraut werden, sondern es mußte dasselbe angewiesen werden, sich in einer evangelischen Kirche außer Landes trauen zu lassen und die Kinder mußten in der evangelischen Religion erzogen werden. Die katholische Trauung einer gemischten Ehe war unbedingt verboten. In Folge der zu Anfang

dieses Jahrhunderts gemachten Erwerbungen neuer Landestheile und der hiedurch herbeigeführten näheren Berührung der, zwei verschiedenen christlichen Konfessionen angehörigen, Einwohner konnten jedoch die älteren Bestimmungen über gemischte Ehen nicht mehr aufrecht erhalten werden; an deren Stelle trat das Religionsedikt vom 15. Oktober 1806.

Dieses Edikt steht rein auf protestantischem Standpunkt und wurde ohne alle Kommunikation mit irgend einem Episcopat promulgirt. So kam der Art. VII. in das Edikt, wonach die Einsegnung, benedictio sacerdotalis, als zur Giltigkeit der Ehe durchaus erforderlich erklärt wurde. Bekanntlich aber ist die Einsegnung wohl in der evangelischen Kirche ein wesentliches Erforderniß zur Giltigkeit der Ehe auch nach ihrer bürgerlichen, bloß rechtlichen Seite; nicht aber so in der katho- tholischen Kirche, nach deren Dogma nur die Einhaltung der vom Trid. vorgeschriebenen Formalien mit der Erklärung des Pfarrers, daß diese Ehe von der Kirche als eine giltige Ehe anerkannt werde, erfordert wird. So entstand eine Discrepanz zwischen der Staatsgesetzgebung und dem katholischen Kirchenrecht. Auch für die religiöse Erziehung der Kinder aus gemischten Ehen enthielt das Religionsedikt zwingende Bestimmungen, welche jedoch schon 1817 mit der Regierung des jetzigen Königs Wilhelm aufgehoben wurden.

Anstände traten jedoch erst ein, als der anderwärts entstandene Streit über Einsegnung gemischter Ehen auch nach Württemberg sich fortgepflanzt hatte,[1] und in Folge dessen einzelne katholische Geistliche sich weigerten, solche Ehen außer auf das Versprechen katholischer Kindererziehung hin einzusegnen. Die gegen diese Geistlichen getroffenen Disziplinarmaßregeln verfehlten nicht, eine Mißstimmung unter der katholischen Bevölkerung zu erregen, die ihren

---

[1] Mack, über die Einsegnung der gemischten Ehen.

Ausdruck fand in Petitionen um Aufhebung des Art VII. des Religionsedikts, sowie in der Motion des Bischofs Keller von Rottenburg auf dem Landtag von 1841—42, worin der das Gewissen der Geistlichen bedrückende und die autonomische Jurisdiktion der katholischen Kirche beeinträchtigende Zwang der Einsegnung gemischter Ehen hervorgehoben wurde. Unter dem 11. Mai 1849 erließ das bischöfliche Ordinariat sogar ein ausdrückliches Verbot an die Pfarrämter seines Sprengels, eine gemischte Ehe fernerhin einzusegnen, wenn nicht zuvor die katholische Erziehung sämmtlicher zu erwartender Kinder von den Nupturienten zugesagt werde. Nachdem dieses Verbot zur Kenntniß der Staatsregierung gelangt war, so wurde, um einerseits die katholischen Geistlichen der Kollision zwischen dem Staatsgesetz und der Pflicht des Gehorsams gegen die Vorschriften der Kirche zu entheben, und andererseits den Brautleuten die Freiheit des Entschlusses in Betreff der Erziehungsreligion ihrer zu hoffenden Kinder zu wahren, der Ausweg eingeschlagen, daß in Fällen, wo der Bräutigam katholisch, nach Art. VII. des Religionsedikts somit katholische Einsegnung erforderlich war, Dispensation zur alleinigen Trauung durch den evangelischen Geistlichen bei dem Kultministerium erlangt werden konnte, was schon ein Ministerialerlaß vom 11. Juli 1812 grundsatzmäßig für zulässig erklärt hatte, und von 1851 an erhielten zur Erleichterung der Unterthanen die evangelischen Dekane die Befugniß, hierin zu dispensiren. Diese außerordentliche, und nach staatsrechtlichen Grundsätzen nicht über alle Bedenken erhabene, Nachhilfe wird entbehrlich, sobald das Gesetz die kirchliche Trauung nicht mehr an die Konfession des Bräutigams bindet, und im Interesse der Rechtssicherheit mußte gewünscht werden, dasjenige für immer gesetzlich festzustellen, was bisher nur auf dem Dispensationsweg zu erreichen möglich gewesen.

Nach Art. 1 des Gesetzes vom 1. Mai 1855 bleibt es nun der Wahl der gemischten Brautleute überlassen, ob sie

sich durch den Geistlichen des Bräutigams oder der Braut trauen lassen wollen, und die Ehe ist für bürgerlich giltig erklärt, wenn nur von einem der beiden Geistlichen die Trauung vorgenommen worden ist.

An die Stelle der früheren Einsegnung, als ein nothwendiges Erforderniß, setzt das Gesetz die „Trauung“, wodurch für die evangelische Kirche, welche Einsegnung und Trauung als identisch betrachtet, und letztere nur in der Gestalt der Einsegnung kennt, nichts geändert,[2] sondern nur der katholischen Kirche, um ihr die Mitwirkung bei'm Zustandekommen gemischter Ehen zu erleichtern,[3] eingeräumt ist, die Trauung auch ohne Einsegnung, nach den tridentinischen Satzungen vorzunehmen; dem Grundsatz gemäß: „benedictio non est de necessitate sacramenti, sed de solennitate.“ Damit ist die katholische Trauung mittelst der passiven Assistenz als eines Aktes „excluso omni ecclesiastico cultu“ gestattet,[4] wobei davon ausgegangen wurde, daß selbst diese minder feierliche Trauungsform dem religiösen Gefühl immer noch mehr zusagen werde, als die Form des durch den Art. 2 des Gesetzes eingeführten Civilaktes, und dieser ausgeschlossen bleiben solle, wo irgend noch die Kirche bei der Trauung sich betheiligen könne. Die gesetzliche Regel solle auch fernerhin die kirchliche Trauung bilden und nur ausnahmsweise als ein Ausweg, als letztes und äußerstes Auskunftsmittel, als Nothbehelf für gewisse Fälle[5] die Eheschließung vor der bürgerlichen Behörde zugelassen werden. In dieser blos subsidiären Zulassung der Civilehe spricht sich das konservative Prinzip

---

[2] Verh. d. K. d. A. v. 1854—55. 1. Beil. Bd. S. 140. 296. Verh. d. K. d. St. v. 1851—55. 4. Beil. Bd. S. 955.

[3] Verh. d. K. d. A. v. 1854—55. 1. Beil. Bd. S. 140. 288. 296. 297. Verh. d. K. d. St. v. 1851—55. 1. Beil. Bd. S. 955.

[4] Verh. d. K. d. A. v. 1854—55. 1. Beil. Bd. S. 140. 297. 1. Bd. d. Prot. S. 194—196.

[5] Verh. d. K. d. A. v. 1854—55. 1. Beil. Bd. S. 140. 289. 297., 1. Bd. der Prot. S. 194. 195.

aus. Denselben Standpunkt hält das hessische Gesetz von 1846 fest, und in ähnlicher Richtung hat sich der evangelische Kirchentag in Wittenberg 1849 erklärt, wogegen der auf dem Boden der deutschen Grundrechte stehende württembergische Entwurf eines bürgerlichen Ehegesetzes von 1849 die allgemeine Einführung im Auge hatte.

Die mit der Zeit aufgetauchten Konflikte sucht das Gesetz dadurch zu heben, daß es da, wo die kirchliche Trauung auf nicht zu beseitigende Hindernisse stoßt, von dem Erforderniß der kirchlichen Mitwirkung Umgang nimmt, und ausnahmsweise an die Stelle der priesterlichen Trauung einen bürgerlichen Akt setzt, und für solche Fälle die bürgerliche Giltigkeit und Wirksamkeit des ehelichen Bündnisses einzig und allein durch die Vornahme dieses Aktes bedingt.

Hiebei kamen zweierlei Rücksichten in Betracht, einerseits die Rücksicht auf die Gewissensbedenken der Geistlichen, welche die Anstände bei gemischten Ehen hervorgerufen hatten, und andererseits die Rücksicht auf die Gewissensfreiheit der Brautleute, welche, wie die Baptisten, die evangelische Kirche für eine verunreinigte halten und dem evangelischen Predigtamt ihre Anerkennung versagen, oder wie die katholischen Dissidenten und andere Sekten, eine nicht minder abgeneigte Stellung, wenn auch von anderer Art, gegen die evangelische Kirche einnehmen, und daher in der Trauung durch die hiezu bestimmten Geistlichen eine Beeinträchtigung ihrer religiösen Ueberzeugung erblicken. Für die Angehörigen dieser Genossenschaften war es eine Beschränkung der durch die Verfass.-Urkunde jedem Bürger zugesicherten Gewissensfreiheit, so lange die Einsegnung durch einen Geistlichen eben derjenigen Kirche gefordert wurde, von welcher das Brautpaar oder doch eines der Brautleute grundsatzmäßig ausgeschieden war. Andererseits war es auch eine lästige Zumuthung für die evangelischen Geistlichen, zu Einsegnungen sich hergeben zu sollen, die entweder mit innerem Wider-

streben angenommen wurden, oder mit öffentlichem Skandal zurückgewiesen werden konnten, wie dieß bei der mißglückten Trauung eines Baptistenpaars in Stuttgart im Jahr 1843 der Fall war, so lange die Ehesachen derselben noch den evangelischen Geistlichen zugewiesen waren. Bei dem fluktuirenden Zustand, in dem sich die genannten kirchlichen Partheien befinden, konnte aber ihren geistlichen Funktionären die Vornahme von Trauungen nicht überlassen werden. Zur Sicherstellung der ehelichen und Familienverhältnisse der Angehörigen dieser Sekten ist denselben daher durch das Gesetz der Civilakt eröffnet, und zwar findet die dießfällige Bestimmung der Ziff. 2 des Art. 2 Anwendung, wenn auch nur eines der Brautleute einer nicht anerkannten Religionsgesellschaft angehört.

Den Gewissensbedenken der Geistlichkeit hat das Gesetz durch die Bestimmung Rechnung getragen, daß der Civilakt solle eintreten können, wenn die kirchliche Trauung von sämmtlichen hiefür zuständigen Geistlichen verweigert worden. Zuweit würde man aber gehen, wenn hieraus, wie schon geschehen, gefolgert werden wollte, daß nunmehr überhaupt jede Ehe, welche die zuständigen Geistlichen zu trauen sich weigern, und welcher nicht ein in der Staatsgesetzgebung anerkanntes, sey es an sich indispensables oder im gegebenen Falle nicht dispensirtes[6] Ehehinderniß entgegensteht, vor der

[6] Das Gesetz spricht von einem in der Staatsgesetzgebung anerkannten Ehehinderniß. In dem Bericht der Kirchen- und Schulkommission der K. d. A. wurde ausgeführt, daß hierunter nicht nur die von der Staatsgesetzgebung als indispensabel anerkannten Ehehindernisse, sondern auch die an sich zwar dispensabeln, jedoch in einem gegebenen Falle nicht dispensirten zu verstehen seyen, da auch die dispensabeln Ehehindernisse von der Staatsgesetzgebung in so lange als solche anerkannt werden, als eine Dispensation sie nicht hinweggeräumt habe. Verh. d. K. d. A. v. 1854—55. 1. Beil. Bd. S. 295. 296. Dieser Ausführung wurde von keiner Seite entgegengetreten und die Richtigkeit derselben kann nicht zweifelhaft seyn. Ebenso steht aber umgekehrt fest, daß, wenn der Landesherr einmal dispensirt hat, ein staatsgesetzliches Ehehinderniß nicht mehr vorliegt. Verh. d. K. d. A. v. 1854—55. 1. Prot. Bd. S. 199.

bürgerlichen Behörde geschlossen werden könne, vielmehr kommt es darauf an, auf welchem Grunde die Weigerung beruht. Nach Art. 3 des Gesetzes haben daher Geistliche, welche die kirchliche Trauung verweigern, den Brautleuten hierüber auf ihr Verlangen ein schriftliches Zeugniß mit Angabe des Grundes der Weigerung auszustellen, und ebenso muß der zur Vornahme des Civilaktes berufene Bezirksrichter von dem Geistlichen Auskunft hierüber zu verlangen befugt seyn, da er zunächst darüber zu erkennen hat, ob die Voraussetzungen vorhanden sind, welche ihn nach dem Gesetze ermächtigen, eine Ehe durch Civilakt zu bestätigen.

Am häufigsten wird die Verweigerung der kirchlichen Trauung vorkommen bei gemischten Ehen, und die Regierung scheint bei dem Entwurf des Gesetzes diesen, bis dahin allein praktisch gewordenen Fall auch allein im Auge gehabt zu haben, indem die Motive außer den Ehen der Sektenangehörigen nur die gemischten Ehen zwischen Katholiken und Protestanten als diejenigen bezeichnen, in welchen der Civilakt zugelassen werden soll.[7] Auf die gemischten Ehen vor allen bezieht sich daher das Gesetz, und Regierung und Stände waren darüber einig, daß in allen Fällen, wo einem gemischten Paare, dessen Ehe kein staatsgesetzliches Hinderniß entgegensteht, aus rein kirchlichen Rücksichten — wegen der religiösen Erziehung der Kinder, oder weil der evangelische Theil geschieden und dessen abgeschiedene Ehehälfte noch am Leben ist,[8] — die kirchliche Trauung sowohl evangelischer als katholischer Seits verweigert wird, die Zuflucht

---

[7] Verh. d. K. d. A. 1854—55. 1. Beil. Bd. S. 139. 140, vrgl. auch S. 289. 295. Insoweit ist daher der Ausführung von Hauber, Recht und Brauch Thl. II. §. 337. S. 192—194 beizupflichten.

[8] Nur des ersteren Grundes ist in den Motiven des Gesetzes, den Kommissionsberichten und den Kammerverhandlungen Erwähnung geschehen, allein für den katholischen Geistlichen, aber allerdings auch nur für diesen, kann ebenso der zweite einen Weigerungsgrund abgeben.

zum Civilakte durch das Gesetz eröffnet werden solle. Bisher zwar sind, wie schon erwähnt, die Trauungsverweigerungen zunächst von katholischer Seite ausgegangen, und der Grund lag regelmäßig in der religiösen Kindererziehung. Aus demselben Grunde können aber vermöge der gleichmäßigen Unabhängigkeit der evangelischen Kirche innerhalb ihres Gebietes auch Weigerungen der evangelischen Geistlichkeit vorkommen, je nachdem sich unter derselben hinsichtlich der Erziehungsreligion der Kinder strengere Ansichten Geltung verschaffen. Durch die subsidiäre Einführung des Civilaktes will daher das Gesetz den religiösen Bedenken der evangelischen Kirche und Geistlichkeit in gleicher Weise gerecht werden, wie denen der katholischen Kirche.[9] Da jedoch das Gesetz nur für den Fall, wenn von den Geistlichen beider Kirchen zugleich die Trauung einer gemischten Ehe verweigert wird, den Ausweg der Civilehe gestattet, so steht zu hoffen, daß auch fernerhin die Betretung dieses Ausweges nur in wenigen Fällen nothwendig und zulässig werden wird. So lange die evangelischen Geistlichen an der in dem Synodalerlasse von $\frac{\text{16. August}}{\text{19. Oktober}}$ 1555 aufgestellten Norm festhalten, die Trauung nur dann zu versagen, wenn der evangelische Bräutigam katholische Kindererziehung versprochen, ist der Fall einer Trauungsverweigerung von Seiten beider Geistlichen kaum denkbar, da ja im Falle der Leistung jenes Versprechens der katholische Geistliche dasjenige Zugeständniß in Händen hat, das ihm die Trauung ermöglicht. Uebrigens war die Rücksicht auf die Kirche und Geistlichkeit nicht das einzige Motiv des Gesetzes, sondern es sollten andererseits auch die Brautleute gegen die Anmuthungen der Geistlichkeit und die hiedurch herbeigeführte Beeinträchtigung des elterlichen Rechts, über die religiöse Erziehung der Kinder mit Freiheit zu bestimmen, soweit möglich geschützt werden.[10]

---

[9] Verh. d. K. d. A. v. 1854—55. 1. Beil. Bd. S. 140. 289. 295. Verh. d. K. d. St. v. 1851—55. 4. Beil. Bd. S. 957.

[10] Verh. d. K. d. A. v. 1854—55. 1. Beil. Bd. S. 139. 295.

Das Gesetz findet jedoch nicht bloß auf gemischte Ehen, sondern auch auf rein evangelische Ehen Anwendung, sofern auch bei diesen wegen des durch den Art. 4 des Gesetzes hervorgerufenen Konfliktes zwischen kirchlicher und staatlicher Gesetzgebung eine Verweigerung der kirchlichen Trauung von Seiten der hiefür zuständigen evangelischen Geistlichen vorkommen kann. Der gedachte Art. des Gesetzes hat nämlich nach dem Vorgang der Gesetzgebungen anderer christlicher Staaten bestimmt, daß von dem Ehehinderniß der Schwägerschaft im ersten und zweiten Grade der Seitenlinie, sowie der Verwandtschaft im zweiten Grade der Seitenlinie landesherrliche Dispensation auch da solle eintreten können, wo solche bisher ausgeschlossen war.

Für landesherrlich dispensabel sind somit erklärt: die Ehe 1) mit des Vaters Schwester, 2) mit der Mutter Schwester, 3) mit der Schwester der noch am Leben befindlichen geschiedenen Ehefrau, 4) mit dem Bruder des noch am Leben befindlichen geschiedenen Ehemannes, 5) mit der Schwester oder dem Bruder einer noch am Leben befindlichen Person, zwischen welcher und dem Nupturienten außerehelicher Beischlaf stattgefunden hat — illegitime Schwägerschaft, 6) mit des Vaters Bruders Wittwe.

In der katholischen Kirche galten alle diese Fälle, mit Ausnahme der Ehe mit der Schwester der noch lebenden geschiedenen Frau, welcher Fall bei den Katholiken nicht vorkommen kann, schon zuvor für dispensabel. Es handelt sich somit hier nur von einer Aenderung der protestantischen Gesetze über die Ehehindernisse. Uebrigens soll diese Aenderung nicht bloß für die ausnahmsweise gestattete bürgerliche Ehe, sondern auch für diejenigen ehelichen Verbindungen der Protestanten, welche kirchlich eingesegnet werden, Geltung haben. Von Seiten der evangelischen Geistlichkeit wurden ernstliche Bedenken gegen das Gesetz erhoben, indem dasselbe als eine zu beklagende Konzession gegen die laxe Praxis, gegen den herrschenden Geist der Zeit, gegen das sogen. Zeit=

bewußtseyn erklärt wurde.[11] Allein es ist bei der Bestimmung des Gesetzes nur auf eine vorsichtige Dispensirung abgesehen, und es sollte dem Landesherrn nur für einzelne dringende Ausnahmsfälle das Recht, von den fraglichen Eheverboten zu dispensiren, eingeräumt werden. Auch wurde durch das Gesetz lediglich das bürgerliche Recht geändert und die Grundsätze der evangelischen Kirche wurden unberührt gelassen, indem anerkannt wurde, daß es der Staatsgesetzgebung nicht zustehe, eine auch die Kirchengewalt bindende Vorschrift in fraglicher Beziehung zu geben, und daher, wenn das Staatsgesetz ein Ehehinderniß für dispensabel erkläre, dieß nur eine Wirkung im Gebiete des bürgerlichen Rechts äußern könne.[12]

In Folge dessen haben wir die eigenthümliche Erscheinung, daß das Gesetz, welches sich zur Aufgabe gemacht hat, Konflikte zu beseitigen, durch seine eigenen Bestimmungen neue Konflikte hervorruft, wofern nicht im Weg der Kirchengesetzgebung sich diesem neuen staatlichen Gesetz ganz oder theilweise konformirt werden sollte.[13] So lang dieß nicht der Fall ist, kann vermöge der anerkannten Unabhängigkeit der evangelischen Kirche innerhalb ihres Gebietes die Verweigerung der kirchlichen Trauung auch bei rein evangelischen Ehen eintreten, wenn die Verlobten, zwischen welchen ein nach kirchlichen Grundsätzen nicht dispensables Ehehinderniß besteht, auf den Grund des staatlichen Gesetzes landesherrliche Dispensation Behufs ihrer Verheirathung erwirkt haben, und die zuständigen Geistlichen, an das Gebot ihrer Kirche sich gebunden erach-

---

[11] Verh. d. K. d. A. v. 1854—55. 1. Beil. Bd. S. 299. 1. Prot. Bd. S. 197—199.

[12] Verh. d. K. d. A. v. 1854—55. 1. Prot. Bd. S. 197. 198. 199. 200. Verh. d. K. d. St. v. 1851—55. 4. Beil. Bd. S. 957. 4. Prot Bd. S. 1151.

[13] Was die Vollziehungsinstruktion v. 5. Nov. 1855 (Reg.-Bl. v. 1855. S. 255 ff.) vorauszusetzen scheint und wünschenswerth wäre, da es stets zu beklagen ist, wenn die bürgerliche und kirchliche Gesetzgebung sich von einander scheiden.

tend und in der Ueberzeugung, daß alle im Moses verbotenen Grade absolut verboten seyen, zur Schließung einer solchen Ehe mitzuwirken sich nicht herbeilassen. Die Vermittlung des hiedurch entstehenden Konfliktes kann nur darin bestehen, daß auch für diese Anstandsfälle die bürgerliche Ehe als Auskunftsmittel gestattet wird. Nach dem Antrag der Mehrheit der Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abgeordneten sollte dieß ausdrücklich im Gesetze gesagt werden,[14] und es unterblieb nur darum, weil die Regierung und die Stände mit der Minderheit der Justizgesetzgebungskommission davon ausgingen, daß es nicht passend sey, einen Konflikt im Gesetze selbst mit Bestimmtheit in Aussicht zu nehmen, der möglicherweise gar nicht vorkomme.[15] In der Sache selbst aber waren Regierung und Stände einig, daß, wenn der erwähnte Konflikt entstehe, durch den Art. 2 schon Vorkehrung getroffen sey, und in Gemäßheit desselben die Civilehe einzutreten habe. Schon in dem Berichte der Kirchen- und Schulkommission der Kammer der Abgeordneten wurde hervorgehoben, daß sie den Art. 2 nicht anders verstehe, und in demselben Sinn wurde, nach den bei der Berathung in der Kammer der Abgeordneten von den Mitgliedern der Justizgesetzgebungskommission geschehenen Aeußerungen, auch von dieser Kommission die Bestimmung des Gesetzes aufgefaßt, und nur um jeden möglichen Zweifel zu entfernen, der Antrag auf die Aufnahme einer ausdrücklichen dießfälligen Bestimmung in das Gesetz gestellt.[16] Von Seiten des Justizministers aber wurde hiegegen erwidert, daß es einer solchen besonderen Bestimmung nach der Fassung des Art. 3 nicht bedürfe, und sich diese Konsequenz von selbst ergebe, wenn die Kirche Anstand nehmen würde, in einem solchen

---

[14] Verh. d. K. d. A. v. 1854—55. 1. Beil. Bd. S. 290.

[15] Ebendas. S. 296. 1. Prot. Bd. S. 198. 199 u. Verh. d. K. d. St. v. 1851 – 52. 4. Beil. Bd. S. 957.

[16] Verh. d. K. d. A. v. 1854—55. 1. Prot. Bd. S. 199. 200.

Falle die kirchliche Trauung zu gestatten.[17] Auf den Grund dieser Erklärung insbesondere beruhigte sich die Mehrheit der Kammer, so daß, der Ablehnung des von der Justizgesetzgebungskommission beantragten Zusatzes ungeachtet, ein Zweifel darüber seyn kann, daß die Regierung und die zweite Kammer den Art. 2 in dem von der Justizgesetzgebungskommission durch den von ihr beantragten Zusatz bezeichneten Sinn verstanden hat. Auch der Bericht der Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Standesherren sprach sich dahin aus, daß, wenn über die Dispensabilität eines Ehehindernisses eine nicht zu beseitigende Meinungsverschiedenheit zwischen der Staatsregierung und der Kirche entstehen sollte, der Fall vorhanden sey, in welchem nach Art. 2 des Gesetzes die Verlobten sich bürgerlich trauen lassen können,[18] und bei der Berathung des Gesetzes in der Kammer der Standesherren wurde dieser Ansicht von keiner Seite entgegengetreten.[19] Sollte daher der Fall eintreten, daß von dem zuständigen Geistlichen in Anbetracht der, auf den Grund des Art. 4 ertheilten, landesherrlichen Dispensation die kirchliche Trauung verweigert wird, so bezieht sich auch auf diesen Fall unser Gesetz.[20]

Uebrigens muß, wenn ein Geistlicher aus Gewissensbedenken unter dem Vorwande, daß eine nach den Staatsgesetzen erlaubte Ehe mit dem Gebote der Kirche im Widerspruch stehe, zum Zustandekommen derselben mitzuwirken sich weigert, den Brautleuten der Rekurs an die dem Geistlichen vorgesetzte kirchliche Behörde offen stehen, da es nicht in der Absicht des Gesetzes liegen kann, das Recht der Trauungsverweigerung in die Willkühr des Einzelnen zu legen,[21] und mehren sich die Konflikte, so wird es Sache

---

[17] Verh. d. K. d. A. v. 1854–55. 1. Prot. Bd. S. 199.

[18] Verh. d. K. d. St. v. 1851—55. 4. Beil. Bd. S. 957.

[19] Ebendas. 4. Prot. Bd. S. 1151.

[20] Diese Ansicht scheint auch Hauber, Recht und Brauch Thl. II. S. 192. §. 336 zu theilen.

[21] Verh. d. K. d. A. v. 1854—55. 1. Beil. Bd. S. 296.

der evangelischen Oberkirchenbehörde seyn, im Weg der Kirchengesetzgebung zu bestimmen, in welchem Falle Geistliche auch bei rein evangelischen Ehen die Trauung zu versagen haben.

In dem Bericht der Kirchen- und Schulkommission der Kammer der Abgeordneten wurde erwähnt, daß auch schon Trauungsverweigerungen gegenüber von der Wiederverheirathung Solcher, die aus einem andern Grund, als wegen Ehebruchs, und zwar als der unschuldige Theil geschieden waren, vorgekommen seyen,[22] und es fehlt nicht an Stimmen, welche für die evangelischen Geistlichen die Berechtigung zu solchen Trauungsverweigerungen auf den Grund einzelner Aussprüche im Neuen Testamente in Anspruch nehmen. Würde diese strenge Ansicht nach Preußens Beispiel auch in Württemberg unter der evangelischen Geistlichkeit zur Geltung kommen, so läge abermals ein weiterer Konflikt vor, für welchen es, nachdem das Prinzip der Civilehe in der Staatsgesetzgebung einmal Eingang gefunden, zuletzt gleichfalls keinen andern Ausweg als die Civilehe geben würde. Auf diesem Wege könnte man aber nicht weit vorschreiten, ohne zu dem Punkte zu gelangen, wo die allgemeine Einführung der Civilehe zur gesetzgeberischen Nothwendigkeit würde.[23]

Die vorliegende Schrift, welche die Fortsetzung des von denselben Verfassern im Jahr 1854 erschienenen, in der Monatschrift Bd. 20, S. 158 ff. angezeigten Handbuchs 2c. bildet, erläutert das genannte Gesetz in 86 Paragraphen nach der Reihenfolge der einzelnen Artikel, unter Voranschickung einiger allgemeinen Bemerkungen über die Quellen, den Standpunkt des Gesetzes und die Aufgabe der Kirche (S. 1—5).

---

[22] Verh. d. K. d. A. v. 1854—55. 1. Beil. Bd. S. 296 zu vergl. das oben angezeigte Handbuch Thl. I. S. 295 ff. Thl. II. S. 36—38. Hauber, Recht und Brauch Thl II. Vorwort S. VI.—X.

[23] Wie dieß Hauber a. a. O. S. 105 richtig bemerkt hat.

Hiebei sind die Verfasser bemüht, den Gegenstand durch historische Rückblicke, durch Vergleich mit den Gesetzgebungen anderer Länder und durch einzelne Beispiele aus älterer und neuerer Zeit nach allen Seiten zu beleuchten, zu welchem Behuf dieselben ei n reichhaltiges Material mit ausgezeichnetem Fleiß gesammelt und zweckmäßig zusammengestellt, auch die bezügliche Literatur überall angefügt haben. Eine sorgfältige Zusammenstellung des Hergehörigen zu geben, war nach dem Vorwort die Absicht der Verfasser. Diese sich gestellte Aufgabe haben dieselben im Wesentlichen zufriedenstellend gelöst, und hiedurch insbesondere den geistlichen und weltlichen Funktionären, welche durch die Handhabung des Gesetzes in Anspruch genommen werden, einen anzuerkennenden Dienst erwiesen. Die Behandlungsweise des gesammelten Stoffes ist dieselbe, wie bei dem ersten Theile des Handbuchs. Der Text besteht zumeist aus Exzerpten, welche die Verfasser in systematischer Ordnung übersichtlich zusammengestellt haben. Doch treten die praktischen Resultate nicht immer scharf genug hervor. In besonders reichem Maße sind die Kommissionsberichte und Kammerverhandlungen benützt worden, was im Allgemeinen als zweckmäßig anzuerkennen ist, und insoferne geboten war, als die ständischen Verhandlungen das wichtigste Hilfsmittel für die Auslegung des Gesetzes und die Feststellung des wahren Sinnes desselben bilden. Bei dem Gebrauche des Handbuchs darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, daß für die Auslegung des Gesetzes nur solche Aeußerungen in entscheidenden Betracht kommen, von welchen der Zusammenhang ergibt, daß sie die übereinstimmende Ansicht von Regierung und Ständen enthalten, was aus den in dem Handbuch gegebenen Auszügen nicht immer sich beurtheilen läßt. So wie dieselben gegeben sind, könnte man leicht verleitet werden, den in den Kommissionsberichten und Kammerverhandlungen ausgesprochenen Ansichten einen größeren Werth beizulegen, als ihnen wirklich zukommt. Auch sind da und dort Aeußerungen, welche sich auf nicht

in das Gesetz aufgenommene Bestimmungen des Gesetzesentwurfes beziehen, so hingestellt, daß sie das Mißverständniß zulassen, als ob sie das geltende Recht enthalten würden, wie dieß z. B. bei den zu Art. 7 gegebenen Auszügen aus den ständischen Verhandlungen über die Anfechtung einer civiliter geschlossenen Ehe der Fall ist (S. 100—111). Was hier von dem Klagrecht des Staatsanwaltes, der Ehegatten, der Eltern, der Seitenverwandten, der Gläubiger und Gemeinden, sowie von der Verjährung des Klagrechts gesagt ist, läßt sich ohne eine nähere Kenntniß des Ganges der ständischen Verhandlungen über den in das Gesetz nicht aufgenommenen Art. 14 des Gesetzesentwurfes nicht wohl verstehen, und eine kurze und übersichtliche Darstellung dieser Verhandlungen wäre daher am Platze gewesen.

Der Artikel 14 des Entw. wollte, nach dem Vorbild des Art. 191 des Code Napoleon die Personen, welchen das Recht zur Anfechtung einer nicht vor dem zuständigen Bezirksrichter und nicht in Anwesenheit des von dem Gesetze bestimmten Gerichtspersonals abgeschlossenen Civilehe zustehen sollte, bezeichnen und insbesondere auch der Staatsbehörde ein Klagrecht einräumen, und die zweite Kammer wollte das Klagrecht auf die Dauer von fünf Jahren von Eingehung der Ehe an beschränken. Es vereinigten sich aber zuletzt die Stände und die Regierung dahin, bezüglich der Anfechtbarkeit einer Ehe es lediglich bei dem bestehenden Rechte zu belassen, und keinen Unterschied zwischen einer bürgerlich geschlossenen und einer kirchlich getrauten Ehe zu machen. Demnach besteht weder ein Klagrecht des Staatsanwalts, noch ein unmittelbares Klagrecht Dritter, sondern es steht nur den Ehegatten selbst zu, auf Richtigkeitserklärung der Ehe zu dringen, und zugleich hat der zuständige Civilsenat, als Ehegericht, die Befugniß, von Amtswegen in dieser Richtung einzuschreiten. Eine zeitliche Einschränkung des Anfechtungsrechts (Verjährung) findet nicht statt. Wären diese Resultate der ständischen

Verhandlungen klar hervorgehoben worden, so würde gegen Auszüge aus den zum Theil interessanten ständischen Verhandlungen nichts zu erinnern seyn. Allein der Gang und das Ergebniß der ständischen Verhandlungen läßt sich aus den von dem Verfasser gegebenen Auszügen nicht wohl erkennen, und man erhält durch dieselben keine klare und anschauliche Darstellung des bestehenden Rechts. Daß nach dem geltenden Eherecht ein unmittelbares Klagrecht nur den Ehegatten zusteht, ist nur unter der Rubrik „Klagrecht des Staatsanwalts" gelegentlich bemerkt (S. 103), während der nach der Ueberschrift von dem „Klagerecht der Ehegatten" handelnde Abschnitt in einem Auszug aus dem Kommissionsberichte der Kammer der Standesherren besteht, welcher glauben machen könnte, daß den Ehegatten nach dem geltenden Rechte gar kein Klagerecht zustehe, sondern vielmehr dem Staatsanwalt (S. 105 f.). Dem Verfahren von Amtswegen ist ein besonderer Abschnitt nicht gewidmet, sondern es wird desselben nur in einem unter der Rubrik „Verjährung" aufgenommenen Exzerpte aus den Kammerverhandlungen gedacht (S. 110). Eine selbstständigere Verarbeitung des gegebenen Stoffes wäre hier zu wünschen gewesen, obwohl nicht zu verkennen ist, daß dem Nichtjuristen dießfalls besondere Schwierigkeiten entgegenstanden.

Das Gesetz und mit ihm unser Kommentar zerfällt in zwei Hauptabschnitte, deren erster die allgemeinen Bestimmungen, der zweite die besonderen Bestimmungen für den Fall der Eheschließung ohne kirchliche Trauung zum Gegenstand hat. Der *erste* Abschnitt umfaßt die Art. 1—4 des Gesetzes. Zu Art. 1 wird die kirchliche Trauung, das Religionsedikt, die Einsegnung, die passive Assistenz, die Zuständigkeit des Geistlichen und die seelsorgerliche Pflicht behandelt (S. 6—22). Von besonderem Interesse sind die zu Art. 2 gegebenen Mittheilungen über die verschiedenen Sekten, ihre Geschichte und ihre Rechtsverhältnisse (S. 41 —47), sowie die Bemerkungen über die Wirkungen der

Civilehe, über die Ansicht des Volkes von derselben und die Vergleichung mit dem in anderen Ländern geltenden Recht (S. 24—31). Ebenso verdienen die Erörterungen über die kirchliche Berechtigung zur Verweigerung der kirchlichen Trauung von, nach kirchlichen Grundsätzen unerlaubten Ehen (S. 31—38) hervorgehoben zu werden. Auch werden diejenigen, welche sich für den gegenwärtig lebhaft geführten Streit über die dispensabeln Verwandtschaftsgrade interessiren, werthvolle Notizen in den Erörterungen zu Art. 4 des Gesetzes (S. 48 ff.) finden. Dabei wird auf das Gesetz vom 24. März 1798, durch welches schon eine größere Anzahl von früher für indispensabel erklärten Fällen dispensabel geworden, zurückgegangen, und werden die theologischen Gutachten jener Zeit benützt. Die landesherrliche Dispensation — verschieden von der gewöhnlichen ehegerichtlichen — erhält eine begriffliche und historische Beleuchtung (S. 59—62), worauf die bestehenden Normen über Dispensationsertheilung, über Dispensationsgesuche und die Begründung derselben folgen (S. 62—69). Bei den einzelnen Verwandtschaftsfällen sind alle und jede erforderlichen Notizen sammt den Schematen, dem Für und Gegen, Beispiele aus der Praxis und der Geschichte, Bittschriften, Protokollaufnahme und Beiberichte gegeben (S. 69—90).

Mit legislativen Bemerkungen schließt der die allgemeinen Bestimmungen enthaltende erste Abschnitt (S. 90, 91).

Der zweite Abschnitt kommentirt die Art. 5—20 des Gesetzes, welche die besonderen, dem Code Napoleon und andern Gesetzgebungen über die Civilehe nachgebildeten Bestimmungen für den Fall der Eheschließung ohne kirchliche Trauung enthalten. Es wird hier (S. 92—180) von Schließung der Ehe, Auflösung der Eheverlöbnisse und Ehen, Dispensationen, Geburts- und Sterbeprotokollen und den Sporteln gehandelt. Der Bezirksrichter insbesondere findet hier Alles zusammengestellt, was er bei dem Eintreten einer

Civilehe zu beachten hat. Auch finden sich, da für alle diejenigen Beziehungen, für welche das Gesetz nicht etwas Besonderes vorschreibt, das bestehende protestantische Eherecht subsidiarisch eintritt, sehr viele Vorschriften, welche ebenso für die kirchlichen Ehen und ihre Behandlung von Seiten der Geistlichen gelten. Wir bedauern, auf den reichhaltigen Inhalt des zweiten Abschnitts in dieser Anzeige im Einzelnen nicht näher eingehen zu können.

Als eine Probe der Behandlungsweise mögen die Erörterungen zu Art. 13 über Auflösung der Verlöbnisse und Ehen (S. 127—138) erwähnt werden, wobei in 7 Paragraphen die Zuständigkeit des Gerichts, die Ehe- und Eheverlöbnißstreitigkeiten, die Auflösung der Ehe, mit Angabe der nach dem bestehenden Recht giltigen Nichtigkeitsgründe, Scheidungsgründe und des Toleramus, ferner das persönliche Erscheinen vor dem Gericht, die persönliche Theilnahme des Beamten, der Rekurs und die Gerichtsferien besprochen werden. In letzterer Beziehung ist nachzutragen, daß durch das Gesetz vom 30. Mai 1858, die Einführung allgemeiner Gerichtsferien betr., die besonderen ehegerichtlichen Ferien vom 8. Juli bis 10. August und vom 29. September bis 18. Oktober aufgehoben worden sind.[24] Dagegen bestehen die ehegerichtlichen Christferien und Osterferien fort, und die allgemeinen Ferien vom 15. Juli bis 25. August gelten auch für die Ehegerichte. Sehr praktisch und übersichtlich ist das zu Art. 18—20 gegebene Sportelverzeichniß über alle Ehefälle mit Angabe der Behörde, an welche man sich in jedem einzelnen Fall bei Protestanten, Katholiken, gemischten Ehen, Sekten, Israeliten zu wenden hat (S. 165—174). Auch über den Sportelnachlaß im Gnadenweg findet sich das Erforderliche (S. 174—178). Den Schluß bilden Verzeichnisse der in beiden Lieferungen des Handbuchs citirten Bibelstellen, der Stellen aus der Eheordnung, sowie der aus dem Tridentinum erwähnten Stellen, endlich ein Register aller Namen und Sachen. Auch

---

[24] Reg.-Bl. v. 1858. S. 82.

ist noch anzufügen, daß die Verfasser im Ganzen 45 Formularien liefern.

Wenn auch im Ganzen eine größere Zusammendrängung des Stoffes die praktische Brauchbarkeit des Werkes erhöht haben dürfte, so wird dasselbe doch auch in seiner jetzigen Gestalt Allen, welche durch die Handhabung des Gesetzes in Anspruch genommen werden, ein brauchbares Hand- und Hilfsbuch seyn. K.

---

3) **Recht und Brauch der evangelisch-lutherischen Kirche in Württemberg. Zweiter Theil. Ehesachen.** (Auch unter dem besonderen Titel: „Württembergisches Eherecht der Evangelischen.") Von Prälat Fr. Albert Hauber. 1856. Druck und Verlag von Eduard Hallberger.

Während das Handbuch von Süskind und Werner, dessen zweite Lieferung oben besprochen worden, dem Plane desselben gemäß das gesammte in Württemberg geltende Eherecht umfassen soll, hat der Verfasser von „Recht und Brauch" in dem uns vorliegenden zweiten Theil seines verdienstlichen Werkes auf eine Bearbeitung des württembergischen Eherechtes der evangelischen Kirche, also mit Ausschluß namentlich des katholischen Eherechts, sich beschränkt. Beide Werke haben ausgesprochenermaßen zunächst zum Zweck, dem Praktiker zu Hilfe zu kommen, und zwar soll damit sowohl den Geistlichen, als den Richtern und Ortsvorstehern, welche mit den Ehesachen zu verkehren haben, gedient werden. Dieses Verdienst darf man auch beiden Werken, obwohl in verschiedenen Richtungen, unbedenklich zuerkennen. Das Süskind-Werner'sche Handbuch ist seinem Grundcharakter nach ein Sammelwerk und empfiehlt sich dem Praktiker insbesondere dadurch, daß er hier die ihm benöthigten, in handschriftlichen und gedruckten Quellen da und dort zerstreut gewesenen, mehr oder weniger unzugänglichen oder doch nur mühsam aufzufindenden Materialien — Gesetze, Verordnungen, Normalien und Präjudizien nebst der hergehörigen Literatur und werthvollen geschichtlichen Notizen — in möglicher Vollständigkeit übersichtlich und systematisch zusammengestellt findet.

In dem Hauber'schen Werk ist unser evangelisches Eherecht selbstständig und wissenschaftlich bearbeitet, und wenn gleich auch hier ein reichhaltiges Material geboten wird, so war doch der Benützung desselben durch die von dem Verfasser, im richtigen Verständniß des hiefür vorliegenden Bedürfnisses, beabsichtigte und mit praktischem Takte durchgeführte kompendiöse Darstellnng eine engere Grenze gesteckt. Der Mangel eines Kompendiums unseres württembergischen evangelischen Eherechts ist insbesondere auch in der ehegerichtlichen Praxis oft und viel empfunden worden. Indem unser Verfasser es unternahm, diese Lücke auszufüllen, hat derselbe daher der Praxis einen wesentlichen Dienst geleistet, um so mehr, als die Arbeit nach Form und Inhalt in die besten Hände gefallen ist. Durch die ganze Schrift entfaltet sich durchweg das Talent des guten Vortrags, der in klarer und bündiger Sprache das Wesentliche hervorhebt, und die sachgemäße Auswahl und Behandlung des gegebenen Stoffes beurkundet die Vertrautheit des Verfassers mit dem Gegenstand seiner Aufgabe. Der in dem Vorwort berührte Mangel juristischer Bildung macht sich nicht fühlbar und die Schärfe der Auffassung läßt nichts zu wünschen übrig. Auch verdient die bei der Durchführung hervortretende Selbstständigkeit des Urtheils hervorgehoben zu werden. Die Schrift soll das bestehende Recht geben. Eine sichere Grundlage für die Begründung, Entwicklung und Darstellung der Zustände der Gegenwart gewährt jedoch nur die Betrachtung ihres organischen Zusammenhangs mit der Vergangenheit, und es hat daher unser Verfasser seine Aufgabe richtig erfaßt, indem er sich nicht damit begnügte, das bestehende Recht lediglich als gegebenes empirisch aufzufassen, sondern überall bemüht war, für dessen Darstellung durch den Nachweis des geschichtlichen Entwicklungsganges einen sicheren Boden zu gewinnen. Daß dieß manchmal in ausführlicherer Weise geschehen, als mit einer kompendiösen Darstellung des bestehenden Rechtes strenge genommen sich verträgt, erklärt sich aus dem in dem Vorwort zur Rechtfertigung angeführten Mangel sicherer Vor=

arbeiten und gereicht dem Werke um so weniger zum Tadel, als einerseits der praktischen Brauchbarkeit kein Eintrag dadurch geschehen ist und andererseits die eingehenden geschichtlichen Erörterungen als ein sehr beachtenswerther Beitrag zur Entstehungsgeschichte unseres in seinen wesentlichen Grundzügen noch auf dem Boden der Reformationszeit stehenden evangelischen Eherechtes sich darstellen, und auch über die Grenzen unseres engeren Vaterlandes hinaus Interesse zu erwecken geeignet sind. Besondere Beachtung verdienen die bezüglich der Entwicklung des Scheidungswesens in Württemberg zur Zeit der Reformation beigebrachten Nachweise (S. 10—21, zu vgl. S. 128 ff.), und lehrreich ist dießfalls der am Schlusse (S. 209—211) abgedruckte Auszug aus dem im Jahre 1608 erstmals selbstständig erschienenen Traktat Bidembach's (Abts von Adelberg und 1592 bis 1606 theologisches Mitglied des Ehegerichtes) über die Eheordnung, dessen Sätze zum Theil wörtlich in die dritte Eheordnung von 1687 übergegangen sind.

Manche der gegenwärtig obschwebenden Fragen — von den Scheidungsgründen, sowie von der Wiederverheirathung und Trauung Geschiedener — finden hier eine der strengeren Richtung der Neuzeit nicht durchaus günstige Beleuchtung, wie denn auch der Verfasser von „Recht und Brauch" einer freieren Richtung huldigt. „Ich bekenne mich" — sagt der Verfasser in dem Vorwort, und es bezeichnet dieß wesentlich den von demselben eingenommenen Standpunkt — „zu der „Ueberzeugung, daß das Scheidungsverbot Christi zunächst „das eigenmächtige und willkürliche Fortschicken der Frauen „im Auge hat und nicht das damals unbekannte Auflösen „des Ehebandes durch die rechtmäßige Obrigkeit. Ferner daß „die Obrigkeit, als eine christliche, sich die Grundsätze, welche „der Herr im Evangelium und der Apostel Paulus in „1. Kor. 7 über die Scheidung und Wiederverheirathung „Geschiedener aussprechen, zur Richtschnur nehmen muß, aber „daß sie sie anzuwenden hat im Geist des Evangeliums und „nicht in der Form buchstäblicher Gesetzlichkeit, den Frechen

„zum Trotz, den armen Menschen aber zu Hilfe und Trost,
„nicht zur Qual. So hat die evangelische Kirche von An-
„fang an über Scheidung gedacht und danach gehandelt, ob-
„gleich die Formulirung dieser Grundsätze zu speziellen Ge-
„setzen in Deutschland durch die äußeren Verhältnisse erschwert
„und aufgehalten wurde." (S. VIII.) Der Verfasser findet,
daß unser württembergisches Eherecht wesentlich auf diesem
selben Fundamente stehe und seine Scheidungsgründe nir-
gends von jener Richtschnur abweichen. Daß ärgerliche
Scheidungen und Wiederverheirathungen bei uns vorkom-
men, kann zwar auch der Verfasser nicht läugnen, und
die Erfahrung liefert hiefür die leidigen Belege; allein es
wird dieß dem Versäumniß der mit der Behandlung des Ehe-
wesens betrauten geistlichen und weltlichen Behörden zuge-
schrieben, somit für eine in dem bestehenden Eherecht nicht ge-
gründete Ausschreitung der Praxis erklärt, und in deren Er-
neuerung aus dem alten ernsten Geist unserer Eheordnung das
Heilmittel erkannt (S. IX. X. u. S. 24). Es mag zugegeben
werden, daß auf diesem Wege Vieles geschehen könnte; daß
Erhebliches geschehen wird, ist kaum zu hoffen, nachdem sich
die Praxis einmal in so durchaus verkehrter Richtung ver-
rannt hat, und es wäre zu wünschen, daß die Staats- und
Kirchengesetzgebung zu einer durchgreifenden Reform sich
entschließen würde, welche, so wenig sich die Schwierigkeit
verkennen läßt, auf diesem Gebiete und insbesondere hin-
sichtlich des, die heillosesten Verhältnisse begünstigenden und
nicht selten in eine ärgerliche zwischen den Parthien zum
Voraus abgekartete Komödie ausartenden, Quasidesertions-
prozesses zu einem auf die Dauer nicht abzuweisenden Be-
dürfnisse geworden ist.

Die Schrift selbst zerfällt in einen allgemeinen und
einen besonderen Theil. Im allgemeinen Theil wird
zunächst von den Quellen des württ. Eherechts gehandelt
(S. 1—24); wobei von dem Verfasser die sittlich ernsten
Prinzipien der noch immer die Grundlage des württ. evan-
gelischen Eherechts bildenden und so vielfach herabgesetzten

Ehe- und Ehegerichtsordnung von 1687 rühmend hervorgehoben werden. Interessant ist, was über ihr Verhältniß zu den zwei vorangegangenen Eheordnungen von 1534 und 1553, deren ersterer die gesetzliche Eigenschaft abgesprochen wird, und über die Entstehungsgeschichte gesagt wird. Von den späteren Gesetzen werden insbesondere das Generalreskript von 1713, das Gesetz von 1798 über Dispensabilität verbotener Verwandtschaftsgrade, das Religionsedikt von 1806 und das Gesetz vom 1. Mai 1855 hervorgehoben. In dem zweiten Abschnitt von der gesetzgebenden Gewalt in Ehesachen wird ausgeführt, daß die Ehesachen, als gemischter Art, der Staats-, wie der Kirchengesetzgebung zufallen, und namentlich Alles, was die Kultusseite berührt, als Sache der letzteren anzusehen ist (S. 24—28). Der dritte Abschnitt handelt von der Weiterbildung des Eherechts durch die ehegerichtliche Praxis, durch landesherrliche Einwirkung und durch Rekurrirung auf die heil. Schrift (S. 28—31), der vierte Abschnitt von den ehegerichtlichen Aemtern, ihrer Zusammensetzung aus weltlichen und geistlichen Mitgliedern, ihrer Kompetenz und ihrem Verfahren (S. 31—40). Sehr wahr ist, was der Verfasser von dem Scheidungsakte sagt: „Er macht den Eindruck einer todten Ceremonie, wobei die Personen, deren „wichtigste Lebens- und Gewissensinteressen hier verhandelt „werden, als Figuranten dastehen, während die Prokuratoren ablesen. Ein solches Schlußverfahren steht in keinem würdigen Verhältniß zur Sache und ist keineswegs „geeignet, in den Gemüthern einen Eindruck von Dem, was „hier geschieht, hervorzubringen" (S. 35). Eine der Wichtigkeit des Gegenstandes entsprechende, lebendige, feierliche Schlußverhandlung mit den Parthieen selbst an die Stelle dieses todten Aktes treten zu lassen, sollte nicht allzu schwer halten. Die Vornahme des von dem Verfasser empfohlenen und in der Ehegerichtsordnung schon vorgesehenen nochmaligen Sühneversuchs wird in diesem letzten Stadium des Prozesses nur ausnahmsweise sich empfehlen. Am ehesten

wird, wie der Verfasser an einem anderen Orte mit Recht hervorhebt, der Sühneversuch dem Beichtvater gelingen, ehe überhaupt eine formell amtliche Behandlung eingetreten ist. Denn „die Erfahrung lehrt, daß Eheleute nicht selten, „wenn sie einmal mit einander auf das Rathhaus gehen, „schon den Rubikon überschreiten, jenseits dessen für sie „eigene Ambition, Ortsgerede und Einflüsterungen übler „Freunde den Rücktritt zu erschweren pflegen“ (S. 144). Hat aber der Ehescheidungsprozeß gar schon alle Stadien durchlaufen, so ist der Regel nach das Verhältniß der Ehegatten zu einander so sehr in seinem innersten Wesen zerstört, daß von einer Wiedervereinigung kein Heil und Segen mehr zu erwarten ist.

Der besondere Theil der vorliegenden Schrift zerfällt in drei Hauptabschnitte, von der Eingehung der Ehe, von der Trennung der Ehe und von den Ehen in besonderen Verhältnissen. In dem ersten Abschnitte werden zunächst die Erfordernisse und Hindernisse der Ehe abgehandelt (S. 41—88), und dießfalls individuelle — geistige, moralische und körperliche —, familiäre — elterlicher Consens, Verwandtschaft —, bürgerliche — Heimathrecht, Nahrungsstand, — und politische — bezüglich der Mitglieder des Königlichen Hauses, der Standesherren und der öffentlichen Diener — unterschieden, wobei die geschichtliche Beleuchtung der bezüglich der Verwandtschaftshindernisse im Laufe der Zeit eingetretenen Veränderungen in den Ansichten und der Gesetzgebung besonderes Interesse gewährt (S. 56—64). Nachdem sofort noch von der geschlossenen Zeit und der Trauerzeit gehandelt worden (S. 88—92), wird in der zweiten Unterabtheilung des ersten Abschnitts das Eheverlöbniß (S. 92—99) und in der dritten Abth. Aufgebot (S. 100—107) und Trauung (S. 107—117) besprochen. Zu beanstanden dürfte die von dem Verfasser bei der Auflösung von Eheverlöbnissen wegen unversöhnlichen Widerwillens den gemeinschaftlichen Aemtern empfohlene Nachforschung seyn, ob zwischen den Verlobten kein

verfrühter Beischlaf stattgefunden (S. 97—98); denn würde dieß auch erhoben, so wird bei beharrlicher Weigerung die Auflösung des Verlöbnisses zuletzt doch erfolgen, und die Aufdeckung des vorangegangenen zu vertrauten Verhältnisses zu Niemands Frommen gereichen, wohl aber steht zu befürchten, daß in vielen Fällen die von dem Verfasser empfohlene möglichste Diskretion bei der besten Absicht verletzt, und so mehr Schaden als Nutzen gestiftet würde. Der zweite Hauptabschnitt hat die Trennung der Ehe durch Tod und durch richterliches Erkenntniß zum Gegenstand (S. 118—153). In letzterer Beziehung ist im ersten Kapitel von der Annullation der Ehe wegen trennender Privathindernisse — Gewalt und Furcht, Mangel des elterlichen Consenses, Betrug, Impotenz, Irrthum — und wegen öffentlich rechtlich trennender Hindernisse — indispensable Verwandtschaft, Bigamie, Ehen im Ausland ohne Erlaubniß — die Rede (S. 119—128). Beherzigenswerth ist das gegen die Annullation einer ohne Erlaubniß im Ausland geschlossenen Ehe Gesagte in Fällen, wo Revalidirung möglich und dieser nur der üble Wille des oder der Betheiligten im Wege steht (S. 127, 128). Das zweite Kapitel handelt von der Scheidung wegen Ehebruchs, böslicher Verlassung, Quasidesertion und wegen Verbrechen (S. 128—154), das dritte Kapitel von der zeitweiligen Absonderung (S. 154—156). Die Darstellung des Scheidungsverfahrens ist sehr anschaulich und übersichtlich und die den geistlichen und weltlichen Behörden gegebenen, auf die gütliche Beilegung der Ehezerwürfnisse hinzielenden und die eingehende Untersuchung ihres Grundes und ihrer Entstehung bezweckenden Winke verdienen alle Beachtung. Der dritte und letzte Hauptabschnitt endlich, welcher die „Ehen in besonderen Verhältnissen“ zum Gegenstand hat, bespricht die Militärehen (S. 157—165), die gemischten zwischen Evangelischen und Katholischen, zwischen Lutheranern und Reformirten, zwischen Evangelischen und Sektenangehörigen und zwischen Christen und Israeliten (S. 166—187), fer-

ner die Ehesachen der Israeliten (S. 187—189) und die Civilehe (S. 190—203). Der Raum des Archivs gestattet nicht, auf das Einzelne näher einzugehen, und wir müssen dießfalls auf die Schrift selbst verweisen, welche kein Leser unbefriedigt aus der Hand legen wird, wenn er auch mit den Ansichten des Verfassers nicht immer übereinstimmen sollte.

K.

Im Anschluß an vorstehendes Referat glaubt die Redaktion den Lesern des Archivs folgende Berichtigung nicht vorenthalten zu sollen, welche derselben von dem Herrn Verfasser mit der Bitte um Veröffentlichung durch das Archiv zugegangen ist:

Berichtigungen zu Hauber's württ. Eherecht §. 190 u. 240.

In meinem Eherecht findet sich ein Satz über die Putativehe und deren Folgen, welcher, wie mir zu Ohren gekommen, schon bei Prozessen zu irrthümlichen Behauptungen geführt hat. Die Schuld liegt an der undeutlichen Konstruktion. Es heißt nämlich §. 190, Anm. 2: „Wer mit Bewußtseyn das Landesgesetz übertreten hat, dem kann der Umstand, daß er sich trauen ließ, die Präsumtion des guten Glaubens für seine Person nicht zuwege bringen,... wenn gleich dem andern unschuldigen Theil und den Kindern darum die Wohlthaten der Putativehe nicht entzogen werden." Die Worte „und den Kindern" nun dürfen nicht allgemein genommen, sondern müssen auf den Fall bezogen werden, daß ein Theil der Gatten unschuldig ist, d. h. das Landesgesetz nicht gekannt und nicht mit Wissen übertreten hat; denn wenn beide Theile dieß gethan, so kommen natürlich auch den Kindern jene Wohlthaten nicht zu. Dieß wollte ich sagen, aber ich bin durch das Bestreben, kurz zu seyn, undeutlich geworden. Der

Anlaß zu einem Mißverständniß läßt sich durch das Einschiebsel: „und für den Fall, daß ein Theil unschuldig ist, den Kindern" u. s. w. und durch den Schlußsatz heben: „denn wenn beide Theile mit Bewußtseyn das Landesgesetz übertreten haben, so haben natürlich auch die Kinder keinen Anspruch auf die Wohlthaten der Putativehe".

Ich bitte diejenigen, welche etwa von meinem Buch Gebrauch machen, die fragliche Stelle demnach zu berichtigen.

2) In §. 240 sage ich: „die Sportel für die Erlaubniß zur Wiederverheirathung für den beklagten Theil (bei Quasidesertion) betrage 5 fl., wenn die Prozeßkosten kompensirt worden seyen, was da geschieht, wo die moralische Schuld oder Mitschuld des Klägers die Schuld des Beklagten verringert." Dieser Satz lautet kategorisch, währendes er nur historisch zu nehmen ist; er will den mir bekannten Gerichtsgebrauch aussprechen, nicht aber eine geschriebene Regel, welche meines Wissens nirgends existirt. Es wäre vorsichtiger gewesen, zu sagen: „was da zu geschehen pflegt", und ich bitte auch hier die Berichtigung eintreten zu lassen.

Hiemit den Freunden, welche mich auf obige Punkte aufmerksam gemacht haben, thatsächlich dankend, benütze ich diese Gelegenheit, sie und Andere um fernere Mittheilung dessen zu bitten, was ihnen bei ihrer Praxis an meinem Buch zum Anstoß werden sollte.

A. Hauber.

---

4) **Die ehegerichtlichen Geschäfte der gemeinschaftlichen Oberamtsgerichte und Unterämter in Württemberg von H. A. Fecht, Oberamtsrichter in Langenburg. Stuttgart, 1859. Verlag von Wilhelm Nitzschke.**

Nachdem die über das württ. Eherecht erschienenen zwei größeren Werke zuvor besprochen worden, verdient auch das

vorgenannte neueste Schriftchen nicht unerwähnt gelassen zu werden. Dasselbe ist nach Titel und Vorwort ausschließlich dem Dienste der Praxis gewidmet und soll den für die Ehesachen der Evangelischen eingesetzten gemischten ehegerichtlichen Behörden der unteren Instanzen bei Behandlung der ihnen obliegenden ehegerichtlichen Geschäfte sowohl bezüglich der zur Anwendung kommenden Bestimmungen des Eherechts, als bezüglich des einzuhaltenden Verfahrens zum Leitfaden dienen. Um diesen Zweck zu erreichen, hat der Verfasser die einzelnen den genannten Behörden zugewiesenen ehegerichtlichen Geschäfte in gesonderten Abschnitten in der Weise behandelt, daß zunächst die Behufs der Erledigung dieser Geschäfte zur Anwendung kommenden eherechtlichen Bestimmungen in gedrängtem Ueberblicke zusammengestellt, sodann die Zuständigkeit der Behörden zur Erledigung der einzelnen Geschäfte erörtert und endlich das Verfahren vor denselben und mit den Partheien dargestellt wird. Diese Behandlungsweise erscheint für den vorgesteckten Zweck durchaus angemessen, indem in Folge derselben die betreffenden Behörden in jedem einzelnen Falle das Benöthigte in Kürze beisammen finden, und über Zuständigkeit und Verfahren, sowie über die zur Anwendung zu bringenden Bestimmungen des Eherechts ohne Mühe rasch sich orientiren können. Gerade hiemit wird aber dem Praktiker in vielen Fällen ganz besonders gedient seyn, und es empfiehlt sich daher das Schriftchen den geistlichen, wie den weltlichen Mitgliedern der ehegerichtlichen Behörden der unteren Instanzen als ein sehr brauchbares und gewiß Vielen erwünschtes Hilfsbuch. Dasselbe ist in sieben Abschnitte eingetheilt. In dem ersten Abschnitt wird von den für die Ehesachen der Protestanten und der Israeliten bestehenden ehegerichtlichen Behörden und von den Gerichtsferien gehandelt (S. 1—7). Der zweite Abschnitt beschäftigt sich mit den Ehedissidiensachen, wobei zunächst die Nichtigkeits- und Scheidungsgründe zusammengestellt, sodann die Bedingungen der Einschreitung von Amtswegen und die Kompetenzfrage erörtert, und schließlich das Verfahren vor dem gemeinschaftlichen Unteramt und

vor dem gemeinschaftlichen Oberamtsgericht dargestellt werden (S. 7—28). Der dritte Abschnitt hat die Eheverlöbnißstreitigkeiten zum Gegenstand und bespricht die Erfordernisse der Giltigkeit eines Eheverlöbnisses, den Begriff von Verlobungsstreitigkeiten, die Kompetenz, das Verfahren, die Kosten und die Einmischung von Rechtsanwälten (S. 29—39). Im vierten Abschnitt, welcher von den Ehehindernissen und Dispensationen handelt, werden die bürgerlichen und politischen Erfordernisse, sowie die indispensabeln und dispensabeln kanonischen Hindernisse einer Ehe, ferner die Dispensation durch den Landesherrn, durch die ehegerichtlichen Senate und durch das gemeinschaftliche Oberamtsgericht und schließlich die Ehe zwischen öffentlich Verlobten und deren Anverwandten besprochen (S. 39—65). Der fünfte Abschnitt behandelt die Revalidirung einer ohne Erlaubniß außerhalb des Königreichs geschlossenen Ehe (S. 66—68), der sechste Abschnitt die Sportelnachlaßgesuche (S. 68), und der siebente und letzte Abschnitt enthält Winke für die Einrichtung der Registratur (S. 68—69). Ein umfassendes alphabetisches Sachregister erhöht die praktische Brauchbarkeit des Schriftchens. Die äußere Ausstattung ist tadellos. K.

Inhalt.

Seite

I. Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

II. Literarische Mittheilungen.

PROSPECTUS.

Im Verlage von **Theodor Fischer** in Cassel ist soeben erschienen:

HOMMEL REDIVIVUS

oder

Nachweisung der bei den vorzüglichsten älteren und neueren Civilisten vorkommenden Erklärungen

einzelner Stellen des

CORPUS JURIS CIVILIS.

Herausgegeben von

Theodor Schimmelpfeng.

1. und 2. Lieferung.

Subscriptionspreis à 15 Sgr.; gültig bis zum Erscheinen der 3. Lieferung.

Ladenpreis à 20 Sgr.

Hommels Corpus juris cum notis variorum hat seiner Zeit, obwohl es mangelhaft ausgeführt und nie vollendet ist, sich als ein brauchbares Quellen- und bei verständigem Gebrauch auch als Sachregister über die bessere juristische Literatur erwiesen. Das **vorliegende Buch** beabsichtigt dieselbe Aufgabe in vollkommenerer Weise zu lösen durch Ergänzung der jenem fehlenden Nachweisungen zu Codex und Novellen, durch Hinweglassung eines grossen Theils der von jenem benutzten Literatur untergeord-

neten Ranges, (nur die classischen Werke der französischen und holländischen Schule, eines *Alciat*, *Cujacius*, *Donellus*, *Noodt*, *Westenberg* etc. und die Sammelwerke von *Otto*, *Meermann* etc. sind beibehalten, resp. neu hinzugethan), durch sorgfältige Berücksichtigung der neuen Literatur, durch eine auf alle Ausgaben passende Citirmethode, sowie endlich durch eine sorgsamere nicht auf die oft unvollständigen Register allein gegründete Auswahl der einzelnen Stellen.

Die Verlagshandlung darf nach dem Urtheile Sachverständiger versichern, dass diese Absicht in hohem Grade erreicht und mit dem Buche dem Theoretiker, wie Praktiker ein höchst willkommenes und dem heutigen Stande der Wissenschaft entsprechendes Hülfsmittel geboten ist, dessen Werth Niemand verkennen wird, welcher durch Erfahrung das Bedürfniss eines solchen kennen gelernt hat.

Aus den angeführten Gründen hofft die Verlagshandlung, dass das Erscheinen dieses Werkes das juristische Publikum zu einer regen Theilnahme veranlassen wird und hat daher darauf Bedacht genommen, solches zu einem **ungewöhnlich billigen Preise** (den Bogen gr. 8⁰ für $1^7/_8$ Silbergroschen) bei einer angemessenen Ausstattung denjenigen Abnehmern anzubieten, welche sich bei der Subscription, die dafür hiermit eröffnet wird, betheiligen werden.

Das dieser Anzeige angehängte Verzeichniss der benutzten Autoren gibt eine Uebersicht über die Reichhaltigkeit des bearbeiteten Stoffes, sowie der darauf folgende Abdruck einiger Paragraphen des Werks selbst die zweckmässige Citirmethode und typographische Einrichtung veranschaulicht.

Subscriptionsbedingungen.

Das Werk, welches im Manuscripte vollständig vorliegt, — erscheint in monatlichen Lieferungen von 8 Bogen gr. 8^0 zum Subscriptionspreis von 15 Sgr. oder **$1^7/_8$ Sgr. für den Bogen gr. 8^0** zahlbar bei Ablieferung einer jeden Lieferung.

Der Subscriptionspreis **erlischt** mit dem Erscheinen der dritten Lieferung, und tritt dafür ein erhöhter Ladenpreis ein.

Der Umfang des Ganzen wird 10 bis 12 Lieferungen betragen und der Preis den Subscribenten nach der Bogenzahl berechnet.

Die **erste** und **zweite Lieferung** ist erschienen und kann durch alle Buchhandlungen bezogen werden.

Autoren-Verzeichniss.

Alciatus.
Archiv für civ. Praxis.
Archiv für practische Rechtswissenschaft.
Averanius.
Basilica.
Bähr.
Bethmann-Hollweg.
Bluntschli.
Brissonnius.
Buchholtz, v.
Büchel.
Burchardi.
Cujacius.
Dernburg.
Donellus.
Duarenus.
Elvers, Chr. Friedr.
Elvers, Rudolph.
Erxleben.
Faber, Ant.
Faber, Pet.
Feuerbach.
Franke.
Friedländer.
Gentilis, Scip.
Gerber und Jhering, (Jahrbücher etc)
Giphanius.
Girtanner.
Glück.
Gneist.
Gothofredus.
Goveanus.
Hasse.
Heimbach.
Heineccius.
Hotomannus.
Hugo, Civil. Mag.
Jhering.
Keller.
Krug.
Liebe.
Linde, v. (Zeitschrift für Civilrecht und Process).
Löhr, v.
Madai, v.
Marezoll.
Meermann (Thesaurus).
Meierfeld, v.
Möllenthiel.
Mommsen.
Mühlenbruch.
Müller, Otto.
Müller, Wilhelm.
Neuner.
Noodt.
Oelrich.
Otto (Thesaurus).
Pfordten, von der.
Planck.
Puchta.
Raevardus.
Rheinisches Museum für Jurisprudenz.
Ribbentrop.
Rudorff.
Savigny, v.
Schelling.
Sell.
Sintenis.
Thibaut.
Unterholzner.
Vangerow, v.
Weber.
Westenberg.
Wetzell.
Wieling.
Windscheid.
Zasius.

U. A. M.

Probestellen

Probestellen.

lex 30. *si is, qui* — Bas. XVI. 1, 30. tom. II. 257. Meerm. thes. VI. 787. Wieling jurispr. rest. p. 113. Vang. I. §. 342. Anm. 1.

lex 31. *ex re* — Bas. XVI. 1, 31. tom. II. 257.

lex 32. *si quis unas* — Bas. XVI. 1, 32. tom. II. 257. Raevard. Var. II. c. 13. Glück IX. 456. Archiv XXVII. 18 fg. Archiv. f. pract. Rechtsw. I. Heft II. S. 28.

lex 33. *si Titio* — Bas. XVI. 1, 33. tom. II. 258. Duaren. de jur. accresc. II. c. 6. Cuj. lib. XVII. Quaest. Pap. IV. 422.

§. 1. *usumfructum* — Cuj. lib. XVII. Quaest. Pap. IV. 423. Fab. Conject. XV. c. 8. Error. dec. L. err. 6. Heinecc. jurispr. Rom. et Att. II. 420. Glück IX. 286. XVI. 348. Keller Litisc. §. 34. Linde Ztschrft. VI. 379 fg. Vang. I. §. 173. Windscheid Actio §. 11.

lex 34. *quoties* — Bas. XVI. 1, 34. tom. II. 258. 259. Cuj. lib. XXXV. Dig. Jul. VI. 236. Elvers Servitut. §. 66. N. cc.

§. 1. *si colono* — Cuj. XXXV. Dig. Jul. VI. 237. Meerm. thes. VII. 543.

§. 2. *universorum* — Cuj. lib. XXXV. Dig. Jul. VI. 237.

lex 35. *si usus fructus* — Bas. XVI. 1, 35. tom. II. 259. Cuj. lib. I. Jul. ad Ursej. Feroc. VI. 475. Noodt de usufr. I. c. 23.

§. 1. *usus fructus* — Cuj. lib. I. Jul. ad Ursej. Feroc. VI. 475.

lex 36. *qui usumfructum* — Bas. XVI. 1, 36. tom. II. 259. Cuj. tract. V. ad Afr. I. 1329. Averan. interpret. jur. V. c. 26. Otto thes. II. 65. Buchholtz Vers. S. 180.

§. 1. *stipulatus* — Cuj. tract. V. ad Afr. I. 1332. Mommsen Beitr. III. §. 20.

§. 2. *usus fructus* — Cuj. tract. V. ad Afr. I. 1334. Meerm. thes. VII. 290. Glück IX. 322. Linde Ztschrft. XII. 82 N. 3. Elvers Servitut §. 66 N. kk.

lex 37. *quaesitum* — Cuj. tract. VII. ad Afr. I. 1389.

lex 38. *non utitur* —

lex 39. *quia, qui* —

Württembergisches Archiv
für
Recht und Rechtsverwaltung
mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben von Dr. F. Ph. F. Kübel, Oberjustizrath
und Dr. E. O. C. Sarwey, Rechtskonsulent.

Zweiter Band.

Dritte Abtheilung.

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

1) Ueber das Verhältniß der Bestimmungen des Artikels 26 der Strafprozeßordnung zu den prozessualischen Grundsätzen des Gesetzes vom 13. August 1849 über den Zusammenfluß von Verbrechen.

(Von Herrn Professor Dr. Geßler in Tübingen.)

Der Gerichtsstand des Zusammenhangs mehrerer Strafsachen und zwar des durch ein Zusammentreffen mehrerer Verbrechen derselben Person begründeten (s. g. subjektiver Zusammenhang) findet nach den Bestimmungen der Straf-Pr.O. nicht nur dann statt, wenn sich Jemand mehrerer Verbrechen in verschiedenen Gerichtsbezirken (Württembergs) schuldig gemacht hat (Art. 23 der St.P.O.), sondern auch dann, wenn eine Person der Landstreicherei und eines andern Verbrechens oder neben einem im Ausland verübten Verbrechen, eines in Württemberg begangenen beschuldigt ist.

Es besteht für den letzteren Fall nach Art. 26 der

St.P.O. nur die Abweichung, daß, während sonst das zuerst einschreitende Gericht in Folge dieses Einschreitens unter den verschiedenen fora delicti commissi das allein zuständige wird, hier ein absoluter Vorzug des Gerichtsstands des neben der Landstreicherei verübten, oder des überhaupt in Württemberg begangenen Verbrechens vor dem außerdem noch zutreffenden Gerichtsstand des Domicils, beziehungsweise des Aufenthalts oder der Ergreifung bestimmt ist.

Bekanntlich hat nun das Gesetz vom 13. Aug. 1849, Art. 32—36, vergl. mit Art. 17, an dem Gerichtsstand des Zusammenhangs mehrerer Strafsachen verschiedene Aenderungen getroffen; aus Art. 36, welcher nur die Aufhebung des Art. 29 und die theilweise Unanwendbarkeit des Art. 23 der Str.P.O., nicht aber eine theilweise Modifikation des Art. 26 erwähnt, ist jedoch das Verhältniß des letzteren Artikels zu den neuen Bestimmungen nicht ersichtlich und dürfte deßhalb eine nähere Feststellung desselben wohl am Platze seyn.

Die St.P.O. macht von der Bestimmung, daß im Fall des Zusammentreffens mehrerer theils im Inland theils im Ausland verübten Verbrechen, beziehungsw. des Vergehens der Landstreicherei mit einem im Inlande verübten Verbrechen das inländische forum delicti commissi das ausschließlich zuständige sey, selbst eine Ausnahme, wenn der Art. 29 der St.P.O. eine solche mit sich bringe.

Die Vorschriften dieses Artikels konnten aber hiezu in folgendem Fall führen.

Hatte das forum domicilii oder deprehensionis ein Urtheil gefällt und sind die in Württemberg verübten beziehungsw. die weiteren Vergehen, welche nachher zum Vorschein kamen, nur solche, welche nach Art. 117, 118, 119, Abs. 1 des St.G.B. keine Erhöhung der Strafe begründen, so hat über diese Vergehen nicht das forum delicti commissi, sondern das forum domicilii und deprehensionis gleichfalls zu erkennen. Es blieb somit in diesem

Fall das for. dom. beziehungsw. depr. nicht bloß zuständig, trotzdem daß das forum eines im Inland verübten Verbrechens vorlag, sondern es wurde das forum dom. u. depr. selbst zuständig zur Aburtheilung des letzteren Verbrechens.

Lag diese Ausnahme nicht vor, so war der absolute Vorzug des forum delicti comm. des Inlands stets begründet, namentlich nach Art. 29 der St.P.O. in dem Fall, wenn Erkenntnisse des forum domicilii bezw. depreh. und solche des forum delicti comm. vorlagen und zwar selbst wenn das Verbrechen im Inlande nach dem im Auslande begangenen bezw. der Landstreicherei, aber vor rechtskräftiger Aburtheilung derselben durch das forum dom. od. depreh. verübt war, so wie auch dann, wenn das vor der rechtskräftigen Aburtheilung durch das forum dom. oder depreh. verübte Verbrechen erst später zum Vorschein kam.[1]

War hiernach wenigstens eine Ausnahme von der absoluten Bevorzugung des forum des im Inland begangenen Verbrechens gemacht, so ist diese jedenfalls in Folge der Aufhebung des sie begründenden Artikels 29 durch den Art. 36 des Gesetzes vom 13. Aug. 1849 hinweggefallen. Würden aber die Bestimmungen des letzteren Gesetzes auch auf den Fall eines solchen Zusammentreffens Anwendung finden, so würde um so häufiger, wenn auch nicht die Ausdehnung des Gerichtsstandes des Domizils oder der Ergreifung auf die selbst im Inland verübten Verbrechen eintreten, so doch die absolute Bevorzugung des Gerichtsstands des begangenen Verbrechens, somit der Ausschluß des forum dom. u. depreh. durch ihn hinwegfallen.

Dieser Ausschluß würde nämlich unter Anwendung

---

[1] Ueber die nunmehrige Behandlung dieses Falls bei mehreren fora delicti commissi des Inlands zu vergl. Sarwey, Monatschrift XVIII. S. 214—218.

des Gesetzes vom 13. Aug. 1849, um zunächst nur in einigen Punkten die Folgen der Wirksamkeit darzulegen,

A. unbedingt nicht mehr eintreten

1) wenn das im Ausland begangene Verbrechen beziehungsw. die Landstreicherei erst zum Vorschein kommt nachdem

a) das Erkenntniß wegen des im Inland sonst begangenen bereits, sey es auch nur in erster Instanz, gefällt ist, oder nachdem

b) die Untersuchung bereits geschlossen ist, d. h. nach der Erläuterung des K. Ober-Trib. vom Jan. 1850 im Anklage-Verfahren die Voruntersuchung oder im Inquisitions-Verfahren die Hauptuntersuchung bereits geschlossen ist, es würde denn in letzterem Fall die Strafe des im Inland verübten die Strafe des im Ausland begangenen Vergehens beziehungsw. der Landstreicherei nach den Grundsätzen des St.G.B. absorbiren.[2]

2) Wenn das im Ausland begangene Verbrechen beziehungsw. die Landstreicherei erst nach der Eröffnung der Versetzung in den Anklagestand, oder der Verweisung vor ein Strafgericht wegen des im Inland erfolgten, verübt worden ist. Sodann würde auch, sofern das im Ausland verübte Verbrechen, beziehungsw. die Landstreicherei vor der Eröffnung der Versetzung in den Anklagestand 2c. begangen wurde, und dasselbe vor dem Schluß

[2] Der Wortlaut des Artikels 33 geht zwar dahin, daß die erwähnte Ausnahme eintrete, wenn die Strafe des letzteren durch die Strafe des ersteren ausgeschlossen würde, und ist unmittelbar vorher von den bereits untersuchten Verbrechen die Rede, so daß die Vorschrift dahin gehen würde, daß die Strafe des bereits untersuchten Verbrechens durch die Strafe des neu zum Vorschein kommenden ausgeschlossen würde, allein die Absicht des Gesetzgebers ging offenbar auf die umgekehrte Bestimmung und nimmt eine solche auch die Erläuterung des Obertribunals vom Jan. 1850 an. Zu vergl. übrigens Holzinger die Schwurgerichte S. 83, welcher dem Wortlaut entsprechend die Bestimmung auffaßt.

der Untersuchung wegen des im Inland verübten Verbrechens zum Vorschein kommt,

B. ein solcher Ausschluß wenigstens hinwegfallen können, wenn die Verhandlung des letzteren Verbrechens durch die Vorbereitung der Untersuchung wegen des im Ausland verübten, beziehungsw. der Landstreicherei ungebührlich verzögert würde.

Wird nun die Frage über die Zulässigkeit der Anwendung dieser Grundsätze geprüft, so ist wohl außer allem Zweifel, daß im Sinn des Gesetzgebers entschieden gelegen war, in den Fällen A. die unbedingte Trennung und in den von B. die Möglichkeit der Trennung der verschiedenen Untersuchungen zu verfügen, denn die Vorschriften, welche in dieser Beziehung erlassen sind, haben eine ganz allgemeine Natur; sie kommen ja auch dann zur Anwendung, wenn das bisher thätige Gericht für die weitere Untersuchung als Gerichtsstand des begangenen Verbrechens zuständig ist.[3]

Sodann kann auch im Voraus als entschieden betrachtet werden, daß wegen Vergehen, welche im Inlande, nach der Eröffnung der Versetzung in Anklagestand ꝛc. durch das forum dom. beziehungsw. depreh. wegen Landstreicherei beziehungsw. im Ausland verübten Verbrechen, begangen werden, kein Uebergang des letzteren an das forum delicti comm. stattfindet, weil es hier nach den Grundsätzen der neueren Gesetzgebung auch strafrechtlich überhaupt an einem Zusammenfluß von Verbrechen fehlt, indem nach diesen mit dem Zeitpunkt der Eröffnung der Versetzung in den Anklagestand ꝛc. bereits dasjenige eintritt, was das St.G.B. und der Art. 30 der St.P.O. erst an den der rechtskräftigen Aburtheilung geknüpft hat. Es geht denn auch die Erläuterung des Obertribunals davon aus, daß an ein, nach der Eröff-

---

[3] Zu vergl. Erläuterung des K. Obertribunals vom Januar 1850 bei Kappler St.G.B. S. 213 unten.

nung; der Versetzung in Anklagestand 2c. verübtes Verbrechen weder eine strafrechtliche noch prozessualische Folge sich knüpfe, somit auch nicht das Aufhören der Zuständigkeit eines bisher ganz competent gewesenen Gerichts.

Es könnte sich aber nun dafür, daß hiemit sich begnügt werden wollte, daß somit der Grundsatz des Art. 26 der St.P.O. jetzt ganz ausnahmelos festgehalten werden wollte, darauf berufen werden, daß der Art. 36 eine Modifikation des Art. 26 nicht erwähnt, daß namentlich auch der zweite im Art. 32 aufgeführte Fall der Zulässigkeit einer Trennung hier gar keine Anwendung finden kann. Denn die Erschwerung der Aburtheilung der bereits im Gang befindlichen Sache durch die Entfernung des Orts, wo das andere Verbrechen begangen ist, wäre bei dem Zusammentreffen eines im Ausland verübten Verbrechens mit einem im Inland begangenen, wohl für jedes inländische Gericht regelmäßig in gleichem Maße vorhanden und wäre hier, wie bei der Landstreicherei überhaupt nicht auf den Ort des begangenen Verbrechens, als einen irgendwie besonders erheblichen, zu sehen.

Allein wenn auch diese Bestimmung, selbst in einer analog veränderten Gestalt, nicht anwendbar wäre, so folgt hieraus nur, daß dieser Grund der Trennung hier nicht zutrifft, nicht aber ist der weitere Schluß gerechtfertigt, daß die sonst in gleicher Weise möglichen Gründe bloß eine Trennung der Führung der Untersuchung überhaupt, nicht auch Trennung derselben vor verschiedenen Gerichten bewirken können.

Für eine solche spricht vor Allem

1) daß der gesetzgeberische Grund für die absolute Bevorzugung des forum delicti comm. einer solchen ausgedehnten Anwendung des Gesetzes vom 13. Aug. 1849 nicht widerspricht. Jener kann nur darin bestehen, daß nie in Beziehung auf das nämliche Verbrechen das forum delicti comm. durch ein forum dom. beziehungsw. depreh.

ausgeschlossen werden soll, weil das Gericht des Ortes der That für die Untersuchung eines Verbrechens das geeignetste ist; dagegen bietet dieses Gericht für die Aburtheilung des nicht in seinem Bezirk begangenen Verbrechens an sich durchaus keine weiteren Vortheile dar, als das Gericht des Wohnorts oder der Ergreifung, es liegt deßhalb ein Grund für seine Festhaltung nur in der ersten Richtung vor. Es mußte, um diese durchzuführen, die Begründung des Gerichtsstands des Zusammenhangs durch Prävention ausgeschlossen werden, weil das prävenirende Gericht auch das forum dom. od. depreh. hätte seyn können, und hiedurch auch für das im Inland begangene Verbrechen das forum del. comm. beseitigt gewesen wäre.

Von diesem Gesichtspunkt ist auch der Abgeordnete Knapp, und wenn auch nicht so bestimmt, der Abgeordnete Scheurlen ausgegangen, auf deren Anregung der Art. 26 in die St.P.O. aufgenommen wurde [4] und liegt er auch dem von der K. Regierung vorgeschlagenen Schlußsatz des Art. 26 (wofern nicht die Vorschrift des

---

[4] Kammerverh. von 1841—42. XIII. Prot. S. 27. Sehr bezweifeln läßt sich, ob dieser Gesichtspunkt auch entscheidend seyn konnte für das Zusammentreffen von Landstreicherei mit einem sonstigen Verbrechen. Nachdem hier für ersteres dem forum domicilii der Vorzug vor dem forum del. comm. gegeben war, hätte die Entscheidung über die ausschliessliche Zuständigkeit bei dem an sich hier dem Gerichtsstand eines sonstigen Verbrechens an Werth gleichstehenden forum dom. der Prävention überlassen werden sollen, wenn man nicht selbst dem forum domicil. einen absoluten Vorzug einräumen wollte. Daß ein solcher dem Letzteren gebühre, ist für das Zusammentreffen von polizeilicher Landstreicherei mit einer sonstigen Polizei-Uebertretung nunmehr durch das Ministerium des Innern angenommen, welches, abweichend von dem an den Art. 26 der St.P.O. sich anschliessenden Erlaß vom 28. Aug. 1843 (II. Ergänzungsb. zum Reg.-Bl. S. 139), in einem Erlaß vom 11. Mai 1854 für die ausschließliche Zuständigkeit des Bezirksamts des Wohnorts in einem solchen Fall sich erklärt hat. Knapp, Polizeistrafgesetz II. Ausg. S. 141.

Art. 29 Anwendung findet) zu Grund,[5] indem hier angenommen ist, daß wenn die Strafe der noch zu untersuchenden im Inlande begangenen Verbrechen durch die bereits in Folge der Erkenntnisse des forum dom. beziehungsw. depreh. ausgesprochene absorbirt werde, die Nothwendigkeit dieser Feststellung durch das forum del. comm. hinwegfalle, offenbar, weil es sich hier nicht mehr um eine vollständige Untersuchung handelt. Die Führung der Untersuchung durch das forum del. comm. hinsichtlich der im Inland begangenen Verbrechen wird aber nirgends nothwendig durch die Anwendung der Grundsätze des Gesetzes vom 13. Aug. 1849 ausgeschlossen (zu vergl. auch später). Konnte daher theils nach den zur Zeit der Abfassung der St.P.O. bestehenden materiellen Grundsätzen des Zusammenflusses von Verbrechen, theils nach den ihr selbst zu Grunde liegenden, wonach stets eine Untersuchung die mehreren Verbrechen vereinigen sollte, die Absicht, die Vortheile des for. del. comm. sich zu bewahren, nur dadurch erreicht werden, daß an das for. del. comm. stets beide Verbrechen gewiesen werden, so ist seit Aenderung der materiellen Grundsätze und des Prinzips in der prozessualischen Behandlung des Zusammentreffens mehrerer Verbrechen, die Ausdehnung der Zuständigkeit des for. del. comm. auf die mehreren Verbrechen nicht mehr erforderlich, um der Erhaltung der Zuständigkeit des for. del. comm. für das im Inlande verübte Verbrechen versichert zu seyn.

Für die Anwendung der Grundsätze des Gesetzes vom 13. Aug. 1849 in ausgedehntem Maße spricht sodann noch weiter

2) daß wie aus den Motiven zu dem Gesetzesentwurf[6] übereinstimmend mit der Erläuterung des Obertribunals vom Jan. 1850 erhellt, die Absicht des Gesetzgebers hie-

---

[5] Kammerverh. von 1841—42. Bd. XV. S. 469.

[6] I. Beil.-Bd. der Verh. der K. d. A. S. 354.

bei war, die nach Art. 29 der St.P.O. leicht mögliche Zurücknahme eines bereits gefällten Erkenntnisses zu beseitigen.[7] Diese Absicht wäre aber bei diesen Fällen nicht erreicht, es müßte das Erkenntniß des forum dom. beziehungsw. depreh., welches ohne Kenntniß der Verübung eines weiteren, beziehungsw. eines im Inlande verübten Verbrechens erlassen wäre, stets zurückgenommen, d. h. als nichtig aufgehoben werden, wenn es sich ergebe, daß vor der Eröffnung der Versetzung in Anklagestand rc. ein Verbrechen im Inlande verübt wurde.

3) daß der Art. 29 der St.P.O., dessen Anwendbarkeit auf die Fälle des Art. 26 wesentlich darauf beruhte, daß, was sonst Prävention nach Art. 23 bewirkt, hier der Vorzug des Gerichtsstandes des begangenen Verbrechens bewirken sollte, aufgehoben ist, daß aber durch diese Aufhebung die Wirkungen der Prävention beschränkt werden wollten, und deßhalb die Beschränkung des für den Ort des im Inland begangenen Verbrechens angenommenen Vorzugs, welcher ja auch nach der früheren Gesetzgebung mit der Prävention ganz gleichen Schritt ging, durchaus entsprechend ist. Die Worte des Art. 29 paßten gleichfalls nicht auf das Zusammentreffen von im In- und Ausland verübten Verbrechen, denn in Z. 1 u. 2 ist von dem zuerst einschreitenden „von dem durch Zuvorkommen zuständigen Untersuchungsgericht" die Rede. Konnte dies der zu ruhigen Zeiten mit aller Sorgfalt abgefaßten St.P.O. begegnen, so ist gewiß die Auslassung des Art. 26, als durch die neueren Grundsätze modifizirt, im Gesetze vom 13. Aug. 1849 noch genügender zu erklären.

---

[7] Die Worte der Motive lauten: „Zudem war es mit großem Uebelstande verbunden, ein bereits rechtskräftiges, vollzogenes Erkenntniß wegen später entdeckter, früher begangener Verbrechen wieder aufzuheben, und die Sache einer neuen Beurtheilung zu unterwerfen."

Es ist deßhalb anzunehmen, daß von dem Standpunkt dieses Gesetzes die Bevorzugung des for. del. comm. vor dem for. dom. beziehungsw. depreh. in ähnlicher Weise keine größere Wirkung haben soll, als die Prävention bei mehreren fora delicti comm. Gerechtfertigt wird diese Annahme dadurch, daß nach dem zu 2) und 3) Ausgeführten als gesetzgeberisches Prinzip zu betrachten ist, für das Verfahren, wenn auch die materiellen (strafrechtlichen) Grundsätze des Zusammenflusses noch Anwendung finden, doch ein Zusammentreffen in den Fällen nicht mehr anzunehmen, in welchen eine Trennung der Untersuchungen geboten oder doch zulässig ist.

Ausdrücklich ist dieß bestätigt für die Fälle, in welchen ein äußerliches Zusammentreffen von Verbrechen in einer Untersuchung gar nicht stattfindet, welche nur strafrechtlich dem wirklichen Zusammentreffen gleich zu behandeln sind (Art. 115 Abs. 2 des St.G.B.), weil für diese Fälle nur durch den Artikel 29 der Vorzug eines forum delicti commissi des Inlands begründet ist, dieser aber aufgehoben ist. Allein auch bei einem äußerlichen Zusammentreffen in derselben Untersuchung ist durch das allgemeine gesetzgeberische Prinzip die Beschränkung gerechtfertigt, sofern nach den allgemeinen prozessualischen Grundsätzen über Zusammentreffen mehrerer Verbrechen ihre Verbindung in einer Untersuchung zu erfolgen hat.

Hieraus ergibt sich außer den oben festgestellten Konsequenzen, daß, sofern vor dem Schluß der Untersuchung wegen Landstreicherei beziehungsw. wegen eines im Ausland verübten Verbrechens durch das forum dom. od. depreh. die Verübung eines Verbrechens im Inland zum Vorschein kommt, regelmäßig (außer im ersten Fall des Art. 32) die ganze Untersuchung an das forum delicti comm. übergeht. Hierin liegt faktisch allerdings eine Abweichung von der Begründung eines ausschließlichen Gerichtsstands zwischen zwei for. del. comm. durch Prävention; diese bringt stets mit sich, daß das ausschließlich zustän=

dige auch das zuerst überhaupt thätige ist, allein, nachdem die Prävention hier als Mittel der Entscheidung der Collision gerade deßhalb nicht angewandt ist, weil hiedurch das for. del. comm. ausgeschlossen werden könnte, ist hier nur der Zeitpunkt zu bestimmen, bis zu welchem das zum Vorscheinkommen des Bestehens eines solchen einen Ausschließungsgrund für das for. dom. od. depreh. bilden kann. Dieser ist aber entsprechend dem oben unter A. Aufgeführten dahin festzusetzen, daß

1) bis zum Zeitpunkt des Schlusses der Untersuchung durch das for. dom. u. depreh. das zum Vorscheinkommen eines im Inlande verübten Verbrechens den Uebergang der Untersuchung an das for. del. comm. zur Folge hat, es würde denn eine Trennung beider Untersuchungen aus dem ersten Grund des Art. 32 angemessen erscheinen, daß aber nach Art. 34 Abs. 3 der St.P.O. die bisherigen Untersuchungshandlungen hiebei stets giltig bleiben;

2) von der Fällung des auch nur erstinstanzlichen Erkenntnisses an das zum Vorscheinkommen eines im Inland verübten Verbrechens keinen Uebergang der Aburtheilung der Landstreicherei oder des im Ausland verübten Verbrechens an das for. del. comm., sondern nur möglicherweise den Eintritt der Bestimmungen des Art. 35 bewirkt, und dieses selbst schon von dem Eintritt des Schlusses der Akten an regelmäßig stattfindet.

Schwierigkeiten bietet bei letzterem nur der Fall, wenn die Strafe des neu zum Vorschein kommenden Verbrechens durch die Strafe des bereits untersuchten absorbirt würde. — Nachdem einmal die Zusammenfassung der Aburtheilung in einem solchen Falle im Art. 33 absolut vorgeschrieben ist, würde das Angemessenere, welches auch im Art. 29 der St.P.O. Z. 2 eine Stütze finden würde, seyn, daß diese Zusammenfassung durch das bisherige Gericht erfolgt. Wollte man aber eine hierin liegende Ausdehnung des Gerichtsstands des Wohnorts oder

der Ergreifung auf ein im Inland verübtes Verbrechen nicht zulassen, vielmehr dem zum Vorscheinkommen dieses Verbrechens ganz die gleiche Bedeutung beilegen, welche auch hier die Prävention hat, so würde eben das for. del. comm. diese Zusammenfassung zu besorgen haben, wodurch, faktisch verschieden von der Prävention, nicht das bisherige Gericht, sondern das Gericht des neu zum Vorschein kommenden Verbrechens über Beides urtheilen würde.

Einfacher, in den Resultaten ganz mit einem durch Prävention unter mehreren for. del. comm. zuständig gewordenen Gericht übereinstimmend, gestaltet sich die Sache, wenn das for. del. comm. das zuerst thätige ist und sich sodann noch die Verübung der Landstreicherei beziehungsw. eines im Ausland begangenen Verbrechens vor der Eröffnung der Versetzung in Anklagestand ergibt; es bedarf dies keiner weiteren Ausführung mehr, weil unter A. und B. oben das Nähere hierüber bestimmt ist.

Das Ergebniß würde hienach in folgender Zusammenstellung enthalten seyn:

Es liegen ein im Ausland verübtes Verbrechen oder Landstreicherei und ein im Inland verübtes Verbrechen vor, wobei vorausgesetzt ist, daß keines derselben nach der Eröffnung der Versetzung in Anklagestand oder Verweisung vor ein Strafgericht wegen des andern begangen und daß keines derselben eine Ehrenkränkung durch die Presse ist (Art. 2 der V.O. vom 25. Juli 1848).

1) Die Untersuchung ist zunächst eingeleitet von dem for. domic. oder depreh.

Hiebei ist zu unterscheiden:

a) das im Inland verübte Verbrechen kommt zum Vorschein, während die Untersuchung noch im Lauf ist. Hier geht die Untersuchung wegen beider Verbrechen regelmäßig an das forum delicti comm. über, es würde denn die Verhandlung der einen Sache durch die Vorbereitung der andern ungebührlich verzögert, in welchem

Fall die Untersuchung über das im Ausland verübte Verbrechen beziehungsw. die Landstreicherei bei dem forum dom. od. depreh. bleibt und das for. del. comm. sich auf die Untersuchung des in seinem Bezirk begangenen Verbrechens beschränkt. Letztere Ausnahme findet nicht statt bei Fortsetzung oder Gewerbsmäßigkeit.[8]

b) das im Inland verübte Verbrechen kommt zum Vorschein, nachdem die Akten der Untersuchung geschlossen sind.

Hiebei bildet (hier wie in den weitern Fällen, abgesehen von der Gewerbsmäßigkeit und Fortsetzung) die Regel Aburtheilung der Landstreicherei oder des im Ausland begangenen Verbrechens durch das for. dom. od. depreh. und Einleitung der Untersuchung wegen des im Inland verübten durch das for. del. comm. Nur wenn die Strafe der ersteren die Strafe des letzteren absorbiren würde, ist Behandlung derselben durch ein Gericht nöthig, als welches zweckgemäß und nach Analogie des früheren Rechts das for. dom. od. depreh. erscheinen würde, nach dem Inhalt des Art. 26 und der Aufhebung der analogen Bestimmung des früheren Rechts jedoch richtiger das for. del. comm. betrachtet wird.

c) das im Inland verübte Verbrechen kommt zum Vorschein, nachdem das Erkenntniß rechtskräftig oder doch wenigstens in erster Instanz gefällt ist.

Das Erkenntniß des for. dom. od. depreh. bleibt bestehen oder es nimmt das Verfahren vor diesem bis zum Eintritt der Rechtskraft seinen Fortgang: das for. del. comm. hat aber, falls es Strafe ausspricht, diese mit der Strafe des Erkenntnisses des for. dom. od. depreh. nach den Regeln der Concurrenz von Verbrechen in Verbindung zu bringen, sofern die Strafe des letzteren noch nicht vollständig vollzogen ist, oder durch die Strafe des Erkenntnisses des for. dom. od. depreh. die von

[8] Motive I. Beil.-Bd. der K. V. S. 385. Erläuterung des Obertribunals vom Jan. 1850.

dem for. del. comm. zu erkennende Strafe ausgeschlossen wird.

2) Die Untersuchung ist zunächst eingeleitet von dem for. del. comm.

a) das im Ausland verübte Verbrechen, beziehungsw. die Landstreicherei kommt zum Vorschein, während die Untersuchung noch im Laufe ist.

Hier führt das for. del. comm. regelmäßig die Untersuchung über beide, es würde denn die Verhandlung über das im Inland begangene Vergehen durch die Vorbereitung des andern ungebührlich verzögert, in welchem Fall das for. del. comm. das in Württemberg, das for. dom. od. depreh. das im Ausland begangene Verbrechen beziehungsw. die Landstreicherei untersucht.

b) das im Ausland verübte Verbrechen kommt zum Vorschein, nachdem die Akten der Untersuchung geschlossen sind.

Hiebei ist Trennung die Regel, ist aber in dem zu 1 b) bezeichneten Fall Behandlung beider Verbrechen durch ein Gericht nöthig, so ist dieß hier unzweifelhaft das for. del. comm.

c) es kommt zum Vorschein, nachdem das Erkenntniß rechtskräftig oder doch wenigstens in erster Instanz gefällt ist.

Hier hat das for. dom. od. depreh. die in 1 c) dem for. del. comm. zukommenden Funktionen.

3) das for. dom. od. depreh. führt und beendigt in Beziehung auf das im Ausland verübte Verbrechen beziehungsw. die Landstreicherei, das for. del. comm. gleichzeitig hinsichtlich des im Inland verübten die Untersuchung, ohne daß dem einen oder andern, von der Führung einer Untersuchung durch das andere Etwas bekannt ist. Dieser Fall unterscheidet sich von dem sub. 1 c., 2 c. nur dadurch, daß hier nicht bloß erst das Verbrechen, sondern bereits ein hierüber gefälltes Erkenntniß zum Vorschein kommt. Es ist deßhalb auch hier nicht mehr der Grundsatz der St.P.O., wonach das Erkennt-

niß des for. dom. od. depreh. nichtig ist, und dem for. del. comm. die Aburtheilung beider zukommt, anzuwenden, vielmehr liegt, nachdem die Gesetzgebung einmal überhaupt die getrennte Aburtheilung solcher, nach den strafrechtlichen Grundsätzen der Concurrenz zu behandelnder, Verbrechen gestattet hat, kein Hinderniß vor, das Gericht, dessen Urtheil zuletzt zum Vollzug kommt, als dasjenige zu betrachten, welches sein Urtheil mit dem Urtheil des andern, nach den Grundsätzen der Concurrenz in Einklang zu bringen hat, und falls sie gleichzeitig zu vollziehen sind, auch hier sodann analog den Vorzug des for. del. comm. eintreten zu lassen.

In nahem Zusammenhang mit der bisherigen Erörterung steht die weitere Frage, welchen Einfluß die Bestimmung des Art. 3 des Schwurgerichtsgesetzes auf die Regelung der Gerichtsstände habe. Nach diesem Artikel gehören vor die Schwurgerichtshöfe die sonst nicht ihnen zugewiesenen Vergehen, welche in Folge einer getroffenen Verabredung von verschiedenen Personen selbst zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten begangen sind, oder wenn die Schuldigen die einen begangen haben, um sich die Mittel zu Ausführung der andern zu verschaffen, die Vollziehung derselben zu erleichtern, zu vollenden, oder auch die Straflosigkeit zu sichern.

Hiebei ist möglich, daß ein Gericht wegen eines in seinem Bezirk verübten Nicht-Schwurgerichts-Verbrechens zuerst eingeschritten ist, daß das Schwurgericht-Verbrechen im Ausland verübt ist.

Richtiger wird hiebei davon ausgegangen, daß durch diese Bestimmung lediglich eine Ausdehnung der Gerichtsbarkeit der Schwurgerichtshöfe (ähnlich dem Art. 12 der St.P.O. für Kreisgerichte) bestimmt werden wollte, daß aber die Regelung der Zuständigkeit der Untersuchungs- und hiemit auch der Schwurgerichte, ganz nach den sonst geltenden Grundsätzen sich richtet.

Es ist deßhalb das Gericht, welches wegen eines

Nicht-Schwurgerichts-Verbrechens eingeschritten ist, regelgelmäßig zuständig, auch für das in einem andern Bezirke verübte Schwurgerichts-Verbrechen; [9] es ist das for. del. comm. im Inland auch regelmäßig zuständig für die Landstreicherei beziehungsw. für das im Ausland verübte, mag letzteres auch das Schwurgerichts-Verbrechen seyn, und finden nur zugleich bei einer Trennung nicht bloß der Aburtheilung, sondern auch der Untersuchung, auch hier die Bestimmungen des Gesetzes vom 13. Aug. 1849 ihre Anwendung.

Sollten je die hier in Beziehung auf dieses Gesetz aufgestellten Grundsätze nicht als bereits in ihm gelegen anzunehmen seyn, so wird doch jedenfalls das nicht verkannt werden können, daß consequenterweise solche nach dem einmal aufgestellten Prinzip über die prozessualische Behandlung des Zusammenflusses hätten gegeben werden sollen. Wenn sodann, durch die Zeit der Abfassung dieses Gesetzes, das Nichterkennen der Tragweite der angenommenen Grundsätze auch genügend erklärt wäre, so sind doch die Grundsätze, welche in der Zusammenstellung sub 1 c. 2 c. für den Fall des Vorliegens eines bereits rechtskräftigen Erkenntnisses enthalten sind, durch die Aufhebung des Art. 29 der St.P.O. sicher begründet, und folgen hieraus nothwendig die von Z. 3. Von diesen Grundsätzen aus aber ist sodann auch zugleich ein Schluß auf die weiteren gestattet.

Wollte man jedoch auch letzteres bezweifeln, so dürfte die Ausführung hierüber immerhin als Beitrag zur Regelung dieses Verhältnisses Bedeutung haben; diese kann aber namentlich in Grenzbezirken leicht nothwendig seyn und ist es jedenfalls für den Gesetzgeber, da es sich hiebei um Feststellung von Grundsätzen, nicht bloß über die Behandlung des Zusammenflusses von Verbrechen, sondern auch über das Verhältniß der verschiedenen fora zu einander handelt.

---

[9] Zu vergl. hiebei auch Art. 31, 1 c. der St.P.O.

2) Inwieweit sind die Parteien in den vor den Bezirksgerichten und Gemeinderäthen anhängigen Civilrechtsstreitigkeiten befugt, durch Anwälte sich vertreten zu lassen und an wen sind im Fall der Aufstellung von Bevollmächtigten die Ladungen und Verfügungen der Gerichte zu richten?

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

I. Die Zuläßigkeit der Stellvertretung im Prozeß bildet wie nach gemeinem so auch nach württ. Recht die Regel; insbesondere steht es bei den vor den Bezirksgerichten verhandelten Civilrechtsstreitigkeiten den Parteien, welche selbst vor Gericht nicht erscheinen können oder wollen, regelmäßig und soweit nicht im Gesetz eine Ausnahme begründet ist, frei, einen Anwalt oder Sachwalter, Prokurator, zu bestellen, welcher in ihrem Namen und Auftrag vor Gericht zu handeln und ihre Stelle zu vertreten hat.

Das ältere römische Recht zwar gestattete, so lange noch die legis actiones die Grundform des Civilprozesses bildeten, der Regel nach eine solche Stellvertretung nicht, indem die Parteien persönlich vor dem Prätor erscheinen mußten, und nur in wenigen Ausnahmefällen Repräsentanten zugelassen wurden. [1] Allein das durch die Vergrößerung des römischen Reichs und die Erweiterung des Verkehrs herbeigeführte Bedürfniß machte Repräsentation im Prozeß unentbehrlich und mit der Einführung einer freieren Prozeßform, per formulas, kehrte sich allmählig das Verhältniß um, [2] so daß im neuesten römischen Recht die rechtliche Zuläßigkeit der Stellvertretung zur Regel

[1] Gajus Comm. IV. §. 82. sequ. — pr. J. de iis per quos agere (4,10.) — l. 123. pr. D. de R. J. (50,17.)

[2] Bethmann-Hollweg, Versuche Nr. III. S. 141 ff. Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte §. 6.

geworden und nur noch ausnahmsweise das persönliche Erscheinen den Parteien zur Pflicht gemacht ist. [3]

Auch in dem ältern deutschen Prozesse mußten Anfangs die Parteien in der Regel selbst vor Gericht erscheinen, [4] doch traten auch hier bald viele Ausnahmen ein, und mit der Einführung des röm. Rechts ging auch der Grundsatz der regelmäßigen Zulassung der Stellvertretung in das deutsche Prozeßrecht über [5] und fand im kanonischen Recht Anerkennung und weitere Ausbildung. [6] Nach gemeinem Recht steht daher der Gebrauch von Sachwaltern im Prozeß regelmäßig in der Willkühr der Parteien, soweit nicht die Gesetze eine Ausnahme machen, oder doch den Richter, wie z. B. zum Zweck von Sühneversuchen, ermächtigen, das Erscheinen der Parteien in Person vor Gericht zu verlangen. [7] Auch das ältere württ. Recht hat diesem Grundsatz stets gehuldigt. Schon die zweite und dritte Hofgerichtsordnung von 1514 und 1557 (die erste von 1475 ist verloren gegangen) gehen von der regelmäßigen Zuläßigkeit der Stellvertretung im Prozeß aus, [8] und das erste Landrecht von 1555, wie das zweite von 1567 besagen im ersten Theil, welcher von dem gerichtlichen Prozeß in bürgerlichen Sachen handelt, unter der Rubrik „von Anwälten und Anwaltschaf-

---

[3] l. 26. Cod. de procurat. (2,13.) — l. 40. pr. l. 42. l. 45. §. 1. D. de procurat. (3,3.) — l. 5. D. de popul. act. (47,23) — l. 17. §. 20. D. de injur. (47,10.) — l. 9. §. 6. D. de jurejur. (12,2.) — cst. 11. 14. Cod. de procur. (2,13.).

[4] Maurer, Gesch. d. allg. Ger.-Verf. §. 4. 13. Heineccius, Elem. jur. Germ. III. 2. §. 94.

[5] Maurer, a. a. O. §. 13. 60. 100—102. Steiner, d. altd. Ger.-Wesen §. 9. — Heffter, Inst. S. 129.

[6] cap. 1. de judiciis in VI.° (2. 1.) — cap. 68. de reg. jur. in VI.° (5,13.) — cap. 14. X. de judiciis (2,1.) — cap. 2. 7. X. de procurat. (1. 38.).

[7] Glück, Comm. Bd. 5. S. 267 ff. Linde, Civ.-Proz. §. 129. Bayer, Vortr. S. 199.

[8] Reyscher, Gesetzessamml. Bd. 4. S. 121—123.

ten" ausdrücklich, daß die Partei, welche ihr „Sach in eigener Person nit handlen oder vertretten kündt oder möcht, in allen gemeinen burgerlichen Sachen und Fällen ein Anwaldt oder Gewalthaber setzen möge", und nur ausnahmsweise wird dem Gericht gestattet, „außer guten Bewegungen, so es von nöten, oder grösse der Sachen solches erfordern thet", die Parteien in eigener Person vorzuladen. [9] Selbst diese letztere Ausnahme findet sich aber in dem dritten Landrecht von 1610 nicht mehr, wohl aber wiederholt dasselbe die Bestimmung, daß „welcher sein Sach in eigener Person nit handlen oder vertretten könndt oder möchte, derselbige, er seye Kläger oder Antworter, in allen bürgerlichen Sachen durch einen Anwalt oder Gewalthaber handlen" möge. [10] Ebenso ist in der vierten Hofgerichtsordnung von 1587 und in der fünften von 1654, Theil I. Tit. 8, allgemein ausgesprochen, daß den Parteien, welche ihre rechtshängigen Sachen aus mancherlei Ursachen nicht selber erstehen mögen, Procuratores und Anwält zu stellen und zu haben zugelassen seyn solle. [11]

Eine Abweichung hievon enthält auch das IV. Edikt vom 31. Dezbr. 1818, die Rechtspflege in den unteren Instanzen betr., mehr nur den Worten als der Sache nach. Zwar ist im §. 72 bestimmt, daß in den vor den Bezirksgerichten anhängigen Rechtssachen die Parteien (welche nicht gesetzlich durch Andere vertreten werden oder die Besorgung aller ihrer Angelegenheiten einem Dritten übertragen haben, §. 73, Abs. 3) in der Regel verbunden seyen, persönlich vor Gericht zu erscheinen, und besonders bei der ersten Verhandlung über die Klage, ohne die triftigsten, im §. 73 beispielsweise benannten Entschuldigungsgründe oder die Einwilligung des Gegentheils keine Partei davon freigesprochen werden könne, so daß

---

[9] Reyscher, a. a. O. S. 226.

[10] Landrecht Th. I. Tit. 16. §. 1.

[11] Reyscher, a. a. O. Bd. 5. S. 477.

es scheinen könnte, es habe hiemit der bis dahin gegoltene Grundsatz der regelmäßigen Zuläßigkeit der Bestellung von Sachwaltern verlassen und nach dem Beispiel des altrömischen und altgermanischen Prozesses das persönliche Erscheinen der Parteien wieder zur Regel gemacht werden wollen. Allein aus dem §. 74 erhellt, daß die Verbindlichkeit der Parteien zum persönlichen Erscheinen nur innerhalb gewisser Grenzen, nämlich mit der Beschränkung auf die Verhandlung über das gegenseitige thatsächliche Vorbringen und auf die Abschwörung eines Eides, ausgesprochen werden wollte, für das ganze übrige Verfahren aber, also insbesondere für das Beweisverfahren, Zeugenverhöre, Urkundenproduktion u. s. w., bezüglich der Zuläßigkeit der Vertretung durch Bevollmächtigte nichts geändert worden ist. Denn es bestimmt der §. 74, daß die Parteien, sobald sie über das gegenseitige Vorbringen gehört und gegen einander gestellt worden, mit Ausnahme des im §. 118 vorkommenden Falls der Eidesabnahme, [12] welche nur mit Einwilligung des Ge-

[12] Nach röm. Recht sollte die Abschwörung eines Eides regelmäßig durch die Partei selbst erfolgen, nur ausnahmsweise mit Einwilligung der Gegenpartei oder wenn der Eid gleich Anfangs dem Sachwalter zugeschoben worden, konnte derselbe durch letzteren abgeschworen werden. l. 12. §. 4. Cod. de reb. cred. (4,1.) — Nov. 124. cap. 1. — l. 9. §. 6. D. de jurejur. (12,2.) — Schon das kanon. Recht ging jedoch weiter, indem es den Korporationen und Geistlichen die Abschwörung des Calumnieneides durch hiezu besonders bevollmächtigte Stellvertreter gestattete, c. 6. 7. X. de jur. calumn. (2,7.) — c. 3. in VI.° de jur. calumn. (2,4.) und bei den deutschen Reichsgerichten wurden Eidesleistungen durch besonders dazu bevollmächtigte Anwälte ohne Anstand zugelassen. Glück, Comm. Bd. 5, S. 269, Note 49. Dasselbe war im altwürtt. Prozeß der Fall. Landrecht Th. I. Tit. 16. §. 28. 29. Hofgerichtsordnung Th. I. Tit. 9. Das IV. Edikt ist mit Recht zu dem Grundsatze des röm. Rechts zurückgekehrt; nur hätte die für den Fall der Einwilligung der Gegenpartei gestattete Ausnahme der Abschwörung des Eides durch einen Prokurator als mit dem Zwecke, wie mit der Bedeutung und Wichtigkeit der Eideshandlung unverträglich, beseitigt werden dürfen.

gentheils durch Bevollmächtigte solle erfolgen können, unbedingt durch Bevollmächtigte vertreten werden können, und daß unter dem gegenseitigen Vorbringen das thatsächliche Vorbringen der Parteien gemeint ist, darüber lassen die Bemerkungen der Referenten der Org.-Komm. zum IV. Edikt keinen Zweifel, indem hier als einziger Grund und Zweck der im §. 72 ausgesprochenen Verpflichtung der Parteien zum persönlichen Erscheinen hervorgehoben ist, um über die faktischen Verhältnisse bald und sicher in's Klare zu kommen.[13] Nur in diesem beschränkten Umfang kann daher nach den Bestimmungen des Edikts das persönliche Erscheinen von den Parteien, welchen keine zureichenden Entschuldigungsgründe zur Seite stehen, gefordert werden.[14] Diese im Gesetze selbst aus-

---

[13] Berner, das Org.-Edikt. S. 240. Ziff. 6. In ähnlicher Weise hatte schon das Gen.-Rescript vom 31. Dezbr. 1781, die möglichste Verminderung und Beschleunigung der Civilprozesse betr., angeordnet, daß in geringfügigen Sachen unter 50 fl. die Parteien selbst über die Hauptumstände vernommen werden sollen. Reyscher a. a. O. B. 6. S. 660.

[14] Der §. 76 des IV. Edikts, in welchem Seeger in der Zeitschrift für Rechtspflege von Neuffer B. 1. S. 108. 109. 113. ausgesprochen findet, daß eine Partei, welche sich eines rechtsgelehrten Beistandes bediene, von dem Richter nur dann persönlich geladen werden könne, wenn derselbe ihr besondere Fragen vorzulegen habe, gehört nicht hieher. Denn der §. 76 handelt überhaupt nicht von der Vertretung abwesender Parteien vor Gericht durch Sachwalter (Prokuratoren in gemeinrechtlichem Sinn), sondern von der Vertheidigung anwesender Parteien durch rechtsgelehrte Beistände oder Fürsprecher (Advokaten im eigentlichen Sinn). Für den Fall nun, daß solche rechtsgelehrte Beistände von einer Partei zu einer mündlichen Verhandlung beigezogen werden, bestimmt der §. 76, daß hiedurch die mit einem Advokaten anwesende Partei der Verbindlichkeit sich nicht entziehen könne, selbst über die Fragen des Richters sich zu erklären. Darüber, ob und in welchem Falle die Partei befugt ist, sich durch einen Anwalt repräsentiren zu lassen, und in welchem Falle eine Verbindlichkeit derselben zum persönlichen Erscheinen besteht, ist im §. 76 eine Bestimmung nicht enthalten.

drücklich ausgesprochene Beschränkung der Befugniß des Richters zur persönlichen Beiladung der Parteien wird regelmäßig unbeachtet gelassen, und ist weder in den von Hufnagel[15] mitgetheilten Erlassen des Gerichtshofs zu Tübingen vom 11. Nov. 1841, 13. Nov. 1843 und vom 31. März 1847, noch in dem Gemeinbescheide des Obertribunals vom 11. Mai 1850—28. Nov. 1856[16] hervorgehoben worden, soferne hier das Ermessen des Richters als einzige Entscheidungsnorm für die Nothwendigkeit des persönlichen Erscheinens der Parteien hingestellt, einer gesetzlichen Beschränkung dieses Ermessens aber nicht gedacht wird. Doch ist in dem Erlasse des Gerichtshofs zu Tübingen vom 31. März 1847, neben dem Benehmen der Parteien und ihrer Anwälte, sowie den besonderen Verhältnissen des Falls, auch die Natur des richterlichen Aktes als Bestimmungsgrund für das richterliche Ermessen hervorgehoben. Es kommt aber die Natur und der Gegenstand der vorzunehmenden Verhandlung nicht bloß als ein Motiv für die freie Erwägung des Richters in Betracht, sondern es bildet solche eine wirkliche Voraussetzung seiner Befugniß, die Parteien zum persönlichen Erscheinen anzuhalten, da das IV. Edikt nur bei Verhandlungen über das gegenseitige thatsächliche Vorbringen die Parteien zum persönlichen Erscheinen verpflichtet, und nur insoweit das unbedingte Recht, durch Anwälte sich vertreten zu lassen, ihnen entzieht. Es sind aber zudem diese Bestimmungen des IV. Edikts nur für das in demselben (§. 70) vorgeschriebene mündliche Verfahren gegeben, während die Justiznovelle vom 15. September 1822, §. 13, unter gewissen Voraussetzungen auch ein schriftliches Verfahren gestattet und insoweit die nur auf das mündliche Verfahren sich beziehenden Vorschriften des Edikts für unanwendbar erklärt. Zwar soll, auch wenn

---

[15] Mitth. Bd. 1. S. 133 ff. Bd. 2. S. 707 ff.
[16] Regbl. von 1856 S. 337 ff.

bis zur Duplik schriftlich gehandelt worden, nach §. 12 der Novelle die Vornahme einer mündlichen Verhandlung zur Festsetzung des Streitpunktes vor dem Beweisverfahren nicht umgangen werden; allein es ist hier nur von einer mündlichen Verhandlung der Parteien oder ihrer Anwälte die Rede, und damit die regelmäßige Zuläßigkeit der Vertretung der Parteien durch Sachwalter bei fraglicher Verhandlung ausgesprochen. Doch wird dem Richter die Befugniß nicht abgesprochen werden können, auch in diesem Falle nach Analogie der für das mündliche Verfahren bestehenden gesetzlichen Bestimmungen das persönliche Erscheinen der Parteien zu verfügen, wenn die thatsächlichen Verhältnisse durch das schriftliche Verfahren nicht genügend aufgeklärt worden und Gründe für die Annahme vorliegen, daß die persönliche Gegenüberstellung der Parteien zur Aufklärung besonders beitragen werde. Ist dieß nicht der Fall, so wird den Parteien die Abordnung von Stellvertretern zu gestatten seyn. Es spricht hiefür auch der Umstand, daß nach §. 13. lit. d der Novelle die Aufforderung zu bestimmter und vollständiger Erklärung über das, was in den schriftlichen Vorträgen der Parteien noch dunkel oder mangelhaft geblieben, selbst durch schriftliche Erlasse geschehen kann. Bezüglich des mündlichen Verfahrens, das auch nach der Justiznovelle §. 12 immer noch die Regel bilden soll, hat die Novelle an der in dem Edikt ausgesprochenen Verpflichtung der Parteien, zur Verhandlung über das gegenseitige thatsächliche Vorbringen persönlich zu erscheinen, nichts geändert.[17] Zwar hat neuerdings Seeger[18] geltend gemacht, daß die Bestimmung des §. 16 der Justiznovelle:

---

[17] Vgl. Hufnagel, Mittheilungen Bd. 1. Nr. 52. S. 133 bis 137. Bd. 2. S. 708. 709. Sarwey, Monatschrift Bd. 13 S. 309. 310.

[18] In dem in der Note 14 erwähnten Aufsatze S. 109. 110. 113.

„die Parteien sind in der Beiziehung rechtsgelehrter Beistände (Advokaten) nicht beschränkt" auch das Recht der unbeschränkten Bevollmächtigung in sich begreife. Allein unter einem rechtsgelehrten Beistand versteht man sowohl nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, [19] wie nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes (zu vgl. §. 20, 75, 76 des IV. Edikts) nicht den Sachwalter oder Vertreter einer Partei, welcher für diese im Namen und Auftrag derselben handelt und sie repräsentirt, sondern den Fürsprecher der Partei, welcher mit und neben ihr auftritt, den Advokaten im eigentlichen Sinn im Gegensatz zum Prokurator. [20] Der §. 16 der Novelle spricht daher den Parteien mehr nicht als die unbeschränkte Befugniß zu, sich im Prozesse des Beistandes eines Rechtsanwaltes zu bedienen und ihn insbesondere zu den mündlichen Verhandlungen beizuziehen und mit und neben sich handeln zu lassen. Durch den §. 16 der Novelle sollten, wie aus der Adresse der K. d. A. vom 11. April 1821, dem K. Reskript vom 16. Juni 1821 und dem Landtagsabschied vom 30. Juni 1821 erhellt, lediglich die im §. 76 des IV. Edikts enthaltenen Beschränkungen bezüglich der Beiziehung rechtsgelehrter Fürsprecher aufgehoben werden, [21] bezüglich des Rechts der Parteien zur Aufstellung von Bevollmächtigten ist dadurch überall nichts geändert worden. Wenn aber auch die Bestimmung des Edikts, wonach die Parteien, soweit es sich um die Verhandlung über das gegenseitige thatsächliche Vorbringen handelt, zum persönlichen Erscheinen angehalten werden können, in Absicht auf das mündliche Verfahren durch die Novelle nicht aufgehoben worden ist, so liegt es doch im Geiste

---

[19] Gans, von dem Amt der Fürsprecher §. 9.

[20] Landrecht Th. I. Tit. 16 u. 17. — Hofgerichtsordnung Th. I. Tit. 7 u. 8.

[21] Berner, Org.-Edikt S. 293. Ziff. 39. lit. b. S. 296. zu b. S. 299. §. 39. lit. b

der Novelle, daß die Gerichte es mit der Vorschrift des IV. Edikts auch beim mündlichen Verfahren weniger streng nehmen, und der Partei die Vertretung durch Bevollmächtigte auch bei der Verhandlung über das gegenseitige thatsächliche Vorbringen auf ihr Ansuchen gestatten, wenn keine besonderen Gründe das persönliche Erscheinen der Partei als nothwendig oder besonders zweckdienlich erscheinen lassen. Denn wollte der Richter darüber hinausgehen, so würde dieß am Ende nur auf eine zwecklose Chikane der Parteien hinauslaufen. Hievon geht auch der, in dieser Beziehung alle Beachtung verdienende, von Hufnagel[22] mitgetheilte, Erlaß des Gerichtshofs zu Tübingen vom 31. März 1847 aus, indem derselbe hervorhebt, daß das Recht des Richters, die Partei zum persönlichen Erscheinen zu nöthigen, besondere Gründe voraussetze, die entweder darin bestehen, daß schon in der Natur des richterlichen Aktes die Nothwendigkeit des persönlichen Erscheinens der Partei liege, oder daß nach dem Benehmen der Partei oder ihres Bevollmächtigten oder überhaupt nach den besonderen Verhältnissen des Falles nur von der Partei selbst eine bestimmte genügende Erklärung zu erwarten seye. Dasselbe ist auch von dem Obertribunal in dem schon erwähnten Gemeinbescheide vom 11. Mai 1850—28. Nov. 1856 anerkannt worden, indem daselbst gesagt ist, daß es dem Gerichte wenigstens dann (also nicht unbedingt), wenn nach seinem Ermessen eine Verhandlung (natürlich vorausgesetzt, daß es sich um eine Verhandlung über das gegenseitige thatsächliche Vorbringen handelt) zweckmäßiger mit der Partei selbst vorgenommen werde, freistehen müsse, das persönliche Erscheinen derselben zu verfügen. Indessen ist der Gemeinbescheid schon mehrfach mißverstanden worden. So wurde z. B. von einem Oberamtsgericht, welches zur ersten Verhandlung einer Rechtssache die Parteien unter

[22] Mitth. Bd. 2. S. 708. 709.

dem Anfügen vorgeladen hatte, daß sie in Person zu erscheinen haben, der an der Tagfahrt anstatt des Beklagten erschienene gehörig bevollmächtigte Rechtsanwalt unter dem Anfügen zurückgewiesen, daß die Partei persönlich zu erscheinen habe und mit ihm keine Verhandlung vorgenommen werde, obwohl der Anwalt dem Oberamtsgericht versicherte, daß er vollständig instruirt seye. Diese Zurückweisung war ungegründet; denn wenn auch das Oberamtsgericht im Allgemeinen befugt war, zur ersten mündlichen Verhandlung die Parteien selbst vorzuladen, so lag doch kein Grund vor, jede Verhandlung mit dem für den Bekl. erschienenen Bevollmächtigten zu verweigern, da, bevor dieser gehört war, nicht beurtheilt werden konnte, ob die persönliche Anwesenheit des Bekl. überhaupt noch nothwendig seyn werde, und möglicher Weise die Verhandlung mit dem Anwalte vollständig zum Ziele führen konnte. Das Obertribunal, an welches die Sache im Beschwerdewege gelangte, sah sich daher auch veranlaßt, mittelst Erlasses vom 3. April 1857 dem betreffenden Oberamtsgericht zu bemerken, daß es dem Gerichte zwar frei stehe, in Fällen, wo nach dessen Ermessen eine Verhandlung (über das thatsächliche Vorbringen) zweckmäßiger mit der Partei selbst vorgenommen werde, das persönliche Erscheinen derselben zu verfügen, hiebei jedoch vorausgesetzt werde, daß *besondere* Gründe hiefür vorliegen, indem sonst der Partei zu gestatten sey, sich durch einen Bevollmächtigten vertreten zu lassen. Ueberzeuge sich der Richter bei der mit dem Bevollmächtigten vorgenommenen Verhandlung, daß derselbe nicht gehörig instruirt oder daß durch eine Vernehmung der Partei selbst die Wahrheit besser zu ermitteln sey, so bleibe ihm unbenommen, alsdann noch das persönliche Erscheinen der Partei anzuordnen.[23]

---

[23] Auch *Hufnagel* in seinen Mittheilungen Bd. 1 S. 138 und Bd. 2 S. 709 hat sich dafür ausgesprochen, daß der Richter

Hienach ist bei den vor den Bezirksgerichten anhängigen Rechtssachen die Zuläßigkeit der Stellvertretung als die Regel zu betrachten, und es kann das persönliche Erscheinen der Parteien von dem Gericht nur angeordnet werden

1) beim mündlichen Verfahren zur Verhandlung über das gegenseitige thatsächliche Vorbringen der Parteien, obwohl auch zu solchen Verhandlungen, wenn keine besonderen Gründe das persönliche Erscheinen der Parteien als nothwendig oder zweckmäßig erscheinen lassen, deren Vertretung durch Bevollmächtigte zuzulassen ist;

2) beim schriftlichen Verfahren zu der, Behufs der Festsetzung des Streitpunktes vor dem Beweisverfahren vorzunehmenden, mündlichen Verhandlung, wenn die thatsächlichen Verhältnisse durch das schriftliche Verfahren nicht genügend aufgeklärt worden, und Grund zu der Annahme vorliegt, daß die persönliche Gegenüberstellung der Parteien zur Aufklärung besonders beitragen werde.

3) Auch in diesen beiden Fällen sind die Parteien von dem persönlichen Erscheinen zu entbinden, wenn besondere Entschuldigungsgründe, wie z. B. Krankheit, hohes Alter, amtliche Verhinderungen, wichtige häusliche oder ökonomische Abhaltungen, Entfernung über vier Stunden u. dergl. vorliegen.

Parteien, welche gesetzlich durch andere Personen vertreten werden, oder die Besorgung aller ihrer Angelegenheiten einem Dritten übertragen haben, sind vom persönlichen Erscheinen ohne besondere Entschuldigungsgründe befreit.

4) Zur Ablegung eines Eides hat die schwurpflich-

---

nur aus besonderen Gründen, zur Ausübung seines Fragerechts über die thatsächlichen Verhältnisse, die persönliche Gegenwart der Parteien anordnen dürfe und in allen anderen Fällen ihre Stellvertreter annehmen müsse, und zu demselben Resultat kommt Seeger a. a. O. S. 112. 113.; vgl. auch v. Harpprecht, Entw. einer bürgerl. Proz.-Ord., Art. 143. 144.

tige Partei stets persönlich zu erscheinen, wenn nicht die Gegenpartei in die Eidesablegung durch einen Bevollmächtigten ausdrücklich eingewilligt hat.

5) In allen anderen Fällen können sich die Parteien unbedingt durch Bevollmächtigte vertreten lassen.

II. Aus der den Parteien regelmäßig zustehenden Befugniß, in den vor den Bezirksgerichten anhängigen Civilrechtsstreitigkeiten durch bevollmächtigte Sachwalter sich vertreten zu lassen, folgt, daß wenn eine Partei von jener Befugniß Gebrauch gemacht und einen Anwalt mit der Führung ihres Rechtsstreites beauftragt hat, die Ladungen und Verfügungen des Gerichts nur an den Bevollmächtigten zu erlassen sind, soweit nicht entweder die oben ausgehobenen Ausnahmefälle, in welchen das persönliche Erscheinen der Parteien gesetzlich geboten oder dem Ermessen des Gerichts unterstellt ist, zutreffen, oder ausnahmsweise Nachrichtsertheilung von einer gerichtlichen Verfügung an die Partei selbst im Gesetze besonders vorgeschrieben ist (§. 26 der Justiznovelle). Denn durch die Aufstellung und Bevollmächtigung eines Sachwalters gibt die Partei dem Gericht zu erkennen, daß sie den Rechtsstreit nicht selbst verhandeln, sondern den aufgestellten Bevollmächtigten ihre Stelle vor Gericht vertreten lassen wolle, und diesen durch die Bevollmächtigung eines Anwalts ausgesprochenen Willen der Partei hat das Gericht zu achten, soweit er in den Gesetzen seine Berechtigung findet. Berechtigt ist aber die Partei, der persönlichen Theilnahme an dem Rechtsstreit sich zu entziehen, soweit nicht obige Ausnahmen Platz greifen und so weit kann sie daher auch verlangen, daß Ladungen und Verfügungen des Gerichts nicht an sie, sondern nur an ihren Anwalt erlassen werden, welchen sie zu diesem Ende bevollmächtigt hat. Es ist dieß auch noch besonders im Gesetze anerkannt; denn indem im §. 26 der Justiznovelle der Eintritt des Rechtsnachtheils des stillschweigenden Zugeständnisses ausnahmsweise an die Bedingung

geknüpft ist, daß jener Rechtsnachtheil nicht bloß dem Bevollmächtigten, sondern auch der Partei selbst, sofern sie sich im Königreich befindet, bekannt gemacht worden sey, ist ebendamit die Verpflichtung des Gerichts anerkannt, für die Regel in den Fällen, in welchen die Parteien durch Bevollmächtigte vor den Oberamtsgerichten handeln, die Ladungen und sonstigen Verfügungen nur an den Bevollmächtigten zu richten. Auch der Gemeinbescheid des Obertribunals vom 11. Mai 1850—28. Nov. 1856 geht hievon aus, indem derselbe in Ziffer 2 ausspricht, daß, soweit die Partei nicht selbst zu erscheinen oder eine Prozeßhandlung nicht persönlich vorzunehmen habe, gerichtliche Auflagen und Eröffnungen an den Anwalt zu richten seyen, da die Partei durch dessen Aufstellung die Absicht zu erkennen gegeben habe, den Rechtsstreit, soweit zuläßig, durch ihn führen zu lassen. Die Fälle, in welchen die Bezirksgerichte befugt sind, Ladungen und sonstige Verfügungen an die Partei selbst ergehen zu lassen, sind in dem Gemeinbescheid des Obertribunals nicht näher bezeichnet worden, wie denn auch dieß nicht Gegenstand des Gemeinbescheids war. Es sind aber diese Fälle durch das Gesetz genau bestimmt. Was nämlich

1) die Ladungen betrifft, so kann eine solche an die Partei nur ergehen, wo entweder ihr persönliches Erscheinen vom Gesetz geboten ist (oben Ziff. I. Nro. 4), oder von dem Richter ausnahmsweise verfügt werden kann (oben Ziff. I. Nro. 1 u. 2). In allen anderen Fällen kann nach §. 74 des IV. Edikts die Partei unbedingt durch Bevollmächtigte sich vertreten lassen, somit verlangen, daß sie persönlich in die Verhandlung des Rechtsstreits nicht hereingezogen, sondern ausschließlich ihr Bevollmächtigter geladen werde. Mindestens ungenau ist es daher, wenn Berner[24] behauptet, daß in den bei

---

[24] Das Verfahren in bürg. Streitsachen (herausgegeben von Schäfer) S. 254.

den Bezirksgerichten anhängigen Prozessen die Parteien, auch wenn sie einen Anwalt aufgestellt haben, dem ungeachtet, „so oft es für nöthig erachtet werde“ persönlich geladen werden können, und entschieden zu mißbilligen ist die von dem Gerichtshof zu Tübingen in einem Erlasse vom 11. Nov. 1841 [25] ausgesprochene Ansicht, daß es einem Oberamtsrichter unbenommen seye, in Fällen, in welchen derselbe die Beiziehung rechtsgelehrter Beistände für überflüssig halte, der Partei die Verhandlung in eigener Person zu rathen, oder in solchen Fällen und in der Voraussetzung, daß sich die Partei unnöthige bedeutende Kosten gerne erspare, der Aufstellung eines Bevollmächtigten ungeachtet, unmittelbar an die Partei selbst die Ladung ergehen zu lassen. Eine solche Bevormundung der Parteien hat keinen Halt in dem Gesetze, und könnte die Interessen der Parteien leicht in hohem Grade gefährden. Nur wenn es sich von einer Verhandlung über das gegenseitige thatsächliche Vorbringen handelt, kann der Richter, wenn er es für nothwendig oder besonders zweckdienlich erachtet, die Partei, welche einen Bevollmächtigten aufgestellt hat, persönlich laden, zu allen sonstigen Verhandlungen, also insbesondere zu Zeugenverhören, Urkundenproduktionen, zur Eröffnung des Erkenntnisses, zur Akteninrotulation u. s. w., ist nur der Bevollmächtigte vorzuladen. Gar häufig wird dieß von den Bezirksgerichten zur großen Belästigung der Parteien nicht beachtet, und in soweit ist die Klage von Seeger [26] vollkommen gegründet. Besonders pflegen manche Bezirksgerichte die Ladung zur Erkenntnißeröffnung an die Partei selbst ergehen zu lassen, auch wenn sie den Rechtsstreit durch einen Sachwalter verhandeln läßt, und es scheint dieß früher auch die Billigung der höheren Gerichte ge-

---

[25] Hufnagel, Mitth. Bd. 2. S. 707. 708.

[26] In der Zeitschr. f. Rechtspflege von Neuffer S. 111. 112.

funden zu haben, da Berner[27] ein Präjudiz des Gerichtshofs zu Ellwangen vom 22. Oktober 1834 anführt, welches ausspricht, daß die Erkenntnißeröffnung an die Partei selbst, nicht bloß an den Bevollmächtigten erfolgen solle, und auch das Obertribunal sich früher am 18. April 1838 dahin ausgesprochen hat, daß nach §. 148 des IV. Edikts das Erkenntniß den Parteien selbst zu eröffnen sey, auch wenn sie durch einen bevollmächtigten Rechtsfreund bei dem Prozesse vertreten werden. Allein daß durch den §. 148 des Edikts nicht ausgesprochen werden wollte, daß das Erkenntniß den Parteien in Person eröffnet werden müsse, dafür spricht schon der Wortlaut des §. 148, da sonst gewiß die Worte „in Person" oder ein ähnlicher Beisatz beigesetzt worden wären, wie dieß in den §§. 72 und 118 geschehen, wo von der Verbindlichkeit der Parteien, in Person zu erscheinen, die Rede ist. Hiezu kommt, daß der §. 74 des IV. Edikts ausdrücklich besagt, daß die Parteien, sobald sie über das gegenseitige Vorbringen gehört und gegen einander gestellt worden, mit einziger Ausnahme des Falls der Eidesleistung, unbedingt durch Bevollmächtigte vertreten werden können. Hiemit ist den Parteien auch bezüglich der Eröffnung des Erkenntnisses freigestellt, durch Bevollmächtigte sich vertreten zu lassen, und es findet dieß auch in dem §. 155 lit. d. des IV. Edikts weitere Bestätigung, indem hier von dem Falle, daß das Urtheil nur dem Sachwalter eröffnet worden, die Rede, eine solche Eröffnung somit als zuläßig vorausgesetzt ist. Sind aber die Parteien gesetzlich befugt, auch bei der Erkenntnißeröffnung durch ihre Sachwalter sich vertreten zu lassen, so muß die in der Aufstellung eines Bevollmächtigten liegende Erklärung der Partei, dem Bevollmächtigten ihre Vertretung vor Gericht, soweit es überhaupt

---

[27] Das Org.-Edikt über die Rechtspflege (1847) S. 74 zu §. 148. Note 1.

zuläßig, zu übertragen, auch auf den Akt der Erkenntnißeröffnung bezogen werden, woraus nach Obigem die Pflicht des Gerichts sich ergibt, nicht die Partei, sondern nur deren Bevollmächtigten zur Eröffnung des Erkenntnisses vorzuladen. Diesem entsprechend hat der Gerichtshof zu Ellwangen am 9. April 1845 auf die Beschwerde eines Rechtskonsulenten gegen ein Bezirksgericht, welches mit Umgehung seiner die, zudem 20 Stunden entfernt wohnende, Partei selbst zur Erkenntnißeröffnung und Akteninrotulation vorgeladen und dadurch eine unnöthige Reise derselben veranlaßt hatte, dem betr. Oberamtsgericht wörtlich zu erkennen gegeben: „Da der Rechtskonsulent G. als Vertreter des Kl. durch eine Vollmacht sich legitimirt hatte, so hatte das Oberamtsgericht die Vorladung zur Erkenntnißeröffnung und zur Akteninrotulation auch an ihn zu richten, und es erscheint insbesondere diese Unterbrechung auch bei der Ladung zur Eröffnung des Erkenntnisses nicht gerechtfertigt, indem die Unterstellung des Oberamtsgerichts, daß das Erkenntniß der Partei selbst von dem Gericht eröffnet werden müsse, unrichtig ist, da dieß der §. 148 des IV. Edikts nicht vorschreibt, vielmehr nach dem §. 155 d dieses Edikts das Erkenntniß auch dem Sachwalter eröffnet werden kann, und die Gerichte in diesem Falle nur gehalten sind, sich über die der Partei selbst geschehene Insinuation und die Zeit derselben zu vergewissern." Nur letzteres ist vorgeschrieben, weil die Partei innerhalb 15 Tagen von der Zeit an, wo sie selbst den Inhalt des Urtheils erfährt, noch appelliren kann, und ist am einfachsten dadurch zu erreichen, daß der Bevollmächtigte angehalten wird, das Erkenntniß seiner Partei zuzustellen und eine von dieser unterzeichnete Urkunde über den Tag der Zustellung vorzulegen. Die Erkenntnißeröffnung selbst aber hat stets an den Bevollmächtigten zu erfolgen, und es steht eine Abweichung hievon nicht in dem Ermessen der Bezirksgerichte,

wie dieß Berner[28] anzunehmen scheint; doch hebt auch dieser hervor, daß die Eröffnung an die Partei selbst, wenn sie einen Anwalt aufgestellt, leicht zu Mißverständnissen führe und daher die Eröffnung an den Anwalt vorzuziehen sey.

2) Was die sonstigen Verfügungen, Eröffnungen und Auflagen des Gerichts betrifft, so sind diese mit einer einzigen Ausnahme ausschließlich an den Bevollmächtigten zu richten, welchen die Partei zu diesem Behufe aufgestellt hat. Nur von solchen Auflagen, deren Versäumniß mit dem Rechtsnachtheil des stillschweigenden Zugeständnisses bedroht ist, muß nach Maßgabe des §. 26 der Justiznovelle neben dem Bevollmächtigten auch die Partei in Kenntniß gesetzt werden, wenn sie sich im Lande befindet. Bezüglich aller sonstigen Auflagen und Verfügungen des Gerichts besteht keine gesetzliche Bestimmung, welche deren Eröffnung an die Partei selbst vorschreiben würde, und es hat daher das Gericht den durch die Aufstellung eines Sachwalters ausgesprochenen Willen der Partei, daß ihre Stelle dem Gericht gegenüber durch den bevollmächtigten Anwalt vertreten werden solle, als gesetzlich berechtigt zu achten, und seine Insinuationen nicht an die Partei, sondern nur an den Anwalt zu richten. Es gilt dieß insbesondere auch von den Beweisdekreten, und mit Recht beschwert sich Seeger,[29] daß die Beweisdekrete von den Bezirksgerichten häufig den Parteien mit Umgehung ihrer bevollmächtigten Anwälte eröffnet werden. Es mag dieß seinen Grund in dem Mißverständniß haben, welchem man nicht selten begegnet, und welches auch von Schütz[30] getheilt zu werden

[28] Das Verfahren in bürgerlichen Streitsachen S. 250.

[29] A. a. O. (Note 14).

[30] Der württ. Civilprozeß S. 247. 248. Ziff. 1. Die richtige Ansicht findet sich bei Berner, das Verfahren in bürgerl. Streitsachen S. 283. 284. Ziff. 5.

scheint, daß der Eintritt jedes materiellen Rechtsnachtheils, also auch des Ausschlusses mit den Beweismitteln, voraussetze, daß solcher zuvor der Partei selbst angedroht worden. Allein diese Unterstellung findet im Gesetze keine Begründung, denn in dem §. 26 der Novelle wird nur der Eintritt des Rechtsnachtheils des stillschweigenden Zugeständnisses an die Bedingung geknüpft, daß solcher nicht bloß dem Bevollmächtigten, sondern auch der Partei selbst bekannt geworden sey. Andere materielle Rechtsnachtheile, wie z. B. der Ausschluß mit Einreden, mit weiterem Vorbringen, mit den Beweismitteln, mit Einwendungen gegen eine Eideszuschiebung oder gegen die Person von Zeugen und deren Aussagen u. s. f., sind an diese Voraussetzung nicht gebunden und treten im Versäumnißfall ein, wenn sie nur dem Bevollmächtigten gehörig angedroht worden sind. Es haben daher die Bezirksgerichte, wenn die Partei durch einen Sachwalter vertreten ist, alle derartigen Verfügungen nur an diesen und nicht an die Partei zu richten, und nur im Falle der Androhung des Präjudizes des stillschweigenden Zugeständnisses hat die Eröffnung auch an die Partei zu erfolgen.

3) Auch in diesem Falle ist jedoch die Auflage selbst an den Bevollmächtigten zu erlassen und die Partei hievon nur in Kenntniß zu setzen. Denn diese hat, wie gezeigt, ein Recht, zu verlangen, daß, soweit das Gesetz es gestattet, alle Auflagen nicht ihr, sondern dem von ihr hiezu aufgestellten Bevollmächtigten gemacht werden. Ein Hinderniß der Erlassung einer mit der Androhung des Rechtsnachtheils des stillschweigenden Zugeständnisses verbundenen Auflage an den Bevollmächtigten liegt aber im Gesetze nicht, da der §. 26 der Justiznovelle nicht vorschreibt, daß eine Auflage der fraglichen Art an die Partei selbst erlassen oder von dieser persönlich befolgt werden, sondern nur, daß ihr eine solche präjudizielle Auflage bekannt geworden seyn müsse, wenn der Rechtsnachtheil

solle ausgesprochen werden können. Verlangt aber das Gesetz nicht mehr, als die Kenntniß der Partei von der erlassenen Verfügung, so kann dieß das Gericht nicht berechtigen, den von der Partei aufgestellten Bevollmächtigten zu umgehen, und die Auflage lediglich an die Partei zu richten.[31] Daß dieß auch nicht in der Absicht des Gesetzes lag, erhellt unzweideutig aus den eigenen Worten desselben. Denn indem der §. 26 der Novelle bestimmt, daß der fragliche Rechtsnachtheil nicht bloß dem Bevollmächtigten, sondern auch der Partei bekannt gemacht worden seyn müsse, wird eben damit die Eröffnung der Auflage an den Bevollmächtigten, wenn auch nicht vorgeschrieben, so doch als selbstverständlich vorausgesetzt, und nur noch weiter angeordnet, daß daneben auch die Partei von der Auflage Kenntniß erhalten müsse. Diesem steht die von Berner[32] angeführte Entscheidung des Obertribunals vom 25. September 1838 nicht entgegen. Denn hiedurch wurde nicht mehr ausgesprochen, als daß die Unterlassung der Eröffnung an den Bevollmächtigten keine Nichtigkeit begründe, da nach der Geschichte der Entstehung des §. 26 der Novelle nur die Eröffnung an die Partei als wesentlich habe bezeichnet werden wollen. Dieß kann als richtig zugegeben werden; allein es folgt daraus nicht, daß das Gericht berechtigt ist, den Bevollmächtigten ganz zu umgehen und der Partei die Auflage zu machen. Es würde dieß gegen den Grundsatz verstoßen, daß die durch einen Bevollmächtigten

---

[31] Auch der schon mehrfach erwähnte Gemeinbescheid des Obertribunals vom 11. Mai 1850—28. Nov. 1856 macht von der regelmäßigen Verpflichtung der Bezirksgerichte, die Auflagen und Eröffnungen an den Anwalt zu richten, nur zwei Ausnahmen. wenn es nöthig ist, entweder daß die Partei selbst erscheine, oder daß sie eine Prozeßhandlung persönlich vornehme. Beide Ausnahmsfälle treffen in dem oben besprochenen Falle nicht zu.

[32] Das Verfahren in bürgerl. Streitsachen S. 284. Note 1. In anderer Richtung wird die Entscheidung angeführt im württ. Archiv Bd. 1. S. 96.

vertretene Partei verlangen kann, in den Prozeß nicht weiter hereingezogen zu werden, als die Gesetze Grund und Berechtigung dazu geben. Eine Nichtigkeit des Verfahrens wird die Umgehung des Bevollmächtigten auch in andern Fällen nicht zur Folge haben, allein eine Verletzung des Rechts der Partei liegt darin, wogegen ihr im Beschwerdeweg Schutz werden müßte. Die in einer Verfügung des Obertribunals vom 20. August 1836 für die entgegengesetzte Ansicht geltend gemachten Gründe, daß durch eine Eröffnung an die Partei und ihren Bevollmächtigten nicht nur eine große Beschwerung der Bezirksgerichte, sondern auch die Ungewißheit entstünde, welche Bekanntmachung als die entscheidende anzusehen sey und von welchem Zeitpunkt an also die ertheilte Frist zu laufen beginne, sind nicht schlagend. Denn einer möglichen Ungewißheit wird begegnet, wenn die Auflage an den Bevollmächtigten gerichtet und die Partei von dieser Auflage und dem damit verbundenen Präjudiz nur benachrichtigt wird, und wenn dieß durch Mittheilung einer Abschrift des an den Bevollmächtigten erlassenen Dekrets geschieht, so kann hiedurch für die Bezirksgerichte eine erhebliche Belästigung nicht erwachsen, abgesehen davon, daß dieß keinen Grund abgeben könnte, die Rechte der Parteien zu verletzen.

4) Auch in denjenigen Fällen, in welchen nach dem oben Ausgeführten eine Ladung an die Partei selbst zu ergehen hat, (oben I. Ziff. 1 u. 2 und II. Ziff. 1) entsteht die Frage, ob die Partei verlangen kann, daß neben ihr auch ihr bevollmächtigter Anwalt vorgeladen oder doch von der an die Partei ergangenen Ladung durch das Gericht in Kenntniß gesetzt werde. Das Obertribunal hat in dem Gemeinbescheid vom 11. Mai 1850—28. November 1856 in Uebereinstimmung mit früheren Entscheidungen dieser Gerichtsstelle [33] Beides verneint, und dieß

[33] Am 23. Juli 1841 wurde von dem Obertribunal die Bitte

in einem am 6. April 1850 an das K. Justizministerium erstatteten Bericht damit begründet, daß in einem Fall, wo die Partei persönlich vor Gericht zu erscheinen habe, der Rechtsfreund derselben nicht als ihr Anwalt oder Stellvertreter, sondern nur als ihr Beistand oder Fürsprecher auftreten könne. Eines solchen sich zu bedienen, stehe zwar der Partei nach der Novelle unbedingt frei; es könne aber aus der Aufstellung eines bevollmächtigten Anwalts, der im Namen der Partei zu handeln beauftragt seye, nicht geschlossen werden, daß die Partei denselben auch dann stets beigezogen wissen wolle, wenn sie selbst zu handeln habe, und es liege keine Beschränkung der Parteien in der Beiziehung rechtsgelehrter Beistände darin, wenn das Gericht den Anwalt in einem solchen Falle nicht vorlade, indem die Partei dadurch nicht gehindert seye, den Anwalt selbst beizuziehen. Das Gericht würde vielmehr dem Rechte der Partei zu nahe treten, wenn es die Beiziehung des Anwalts derselben nicht überlassen, sondern diese ohne Weiteres anordnen und dadurch Kosten veranlassen würde, welche aufzuwenden die Partei vielleicht nicht beabsichtige. Ebensowenig sey das Gericht verbunden, den Anwalt von der an die Partei erlassenen Ladung in Kenntniß zu setzen, indem dieß eine Belästigung der Gerichte wäre, welche nirgend vorgeschrieben seye. Insbesondere könne daraus, daß in §. 12, Abs. 3, und §. 14 der Justiznovelle die Anwälte den Parteien gleich gestellt werden, nicht geschlossen werden, daß erstere von Ladungen der Partei selbst stets in Kenntniß zu setzen seyen, wogegen es allerdings als geboten erscheine, daß die Partei, wenn sie allein vorgeladen werde, davon, daß

---

des Rechtskonsulenten B. um die Anordnung, daß die Gerichte von den unmittelbaren Ladungen der Parteien deren bevollmächtigte Anwälte wenigstens in Kenntniß zu setzen haben sollen, darum zurückgewiesen, weil keine gesetzliche Vorschrift bestehe, welche die Gerichte zu einer solchen Benachrichtigung der Sachwalter verpflichten würde.

ihr Anwalt nicht vorgeladen worden, benachrichtigt, und sie darauf aufmerksam gemacht werde, daß es ihr freistehe, denselben beizuziehen, und letzteres wurde auch in den Gemeinbescheid aufgenommen. Es ist dieß außer Zweifel das Mindeste, was die Parteien zu beanspruchen berechtigt sind, und ist auch von dem Gerichtshof zu Tübingen schon in einem Erlasse vom 13. Nov. 1843 [34] angeordnet worden. Ob es genügt, die Parteien vor Nachtheilen zu bewahren und ihnen die durch den §. 13 der Novelle eingeräumte unbeschränkte Befugniß zur Beiziehung rechtsgelehrter Beistände zu sichern, dürfte mit Seeger [35] zu bezweifeln seyn. Denn einmal verstehen die Parteien, wie die Erfahrung lehrt, sehr häufig die gerichtlichen Dekrete und deren Tragweite nicht und versäumen in Folge dessen die Benachrichtigung ihres Anwalts, oder wird von den Gerichten die Zeit zu kurz bemessen, um mit dem Anwalt verkehren zu können, oder tritt eine Verhinderung des letzteren dazwischen; in allen diesen Fällen wird die Partei des Beistandes des von ihr gewählten Rechtsanwalts entbehren, auf den sie nach dem Gesetze ein Recht hat. Eine spezielle gesetzliche Vorschrift, welche die Gerichte verpflichten würde, in denjenigen Fällen, wo die Partei persönlich zu handeln hat, und durch ihren bevollmächtigten Anwalt nicht vertreten werden kann, den letzteren von der an die Partei ergehenden Ladung wenigstens in Kenntniß zu setzen, besteht allerdings nicht. Insbesondere liegt eine solche Vorschrift nicht in der von Seeger hiefür angezogenen Bestimmung des §. 15 der Novelle, daß die gerichtlichen Verhandlungen bei dem mündlichen Verfahren in Gegenwart beider Parteien und ihrer etwaigen Beistände vorzunehmen seyen. Denn es sollte durch den §. 15 lediglich die Beseitigung der im Edikte vorgeschriebenen abgesonder-

---

[34] **Hufnagel, Mitth. Bd. 2. S. 708.**
[35] **A. a. O. S. 111. 112.**

ten Vernehmung der Parteien und die Durchführung des Grundsatzes, daß alle Verhandlungen in Gegenwart beider Parteien vorgenommen werden sollen, bezweckt werden,[36] und die Erwähnung der Beistände besagt mehr nicht, als daß auch diese, wenn sie mit den Parteien erscheinen, von den Verhandlungen nicht ausgeschlossen werden dürfen. Allein wenn auch die Benachrichtigung des Bevollmächtigten von den an die Partei ergehenden Ladungen nicht speziell vorgeschrieben ist, so wird eine solche Benachrichtigung, insbesondere wenn als Bevollmächtigter, wie in der Regel, ein rechtsverständiger Anwalt bestellt ist, doch stets im Sinn der Parteien liegen und nicht weniger der Absicht des Gesetzes entsprechen. Denn die Novelle räumt den Parteien die unbeschränkte Befugniß zur Beiziehung rechtsgelehrter Beistände ein, und bestimmt weiter, daß, wo die Parteien von dieser Befugniß Gebrauch gemacht, alle Verhandlungen auch in ihrer Gegenwart stattfinden sollen. Aus der Bevollmächtigung eines Rechtsanwalts Behufs der Führung eines Rechtsstreits wird man aber, wo keine besonderen Gründe entgegenstehen, zugleich auf die Absicht schließen dürfen, sich im Falle der Nothwendigkeit persönlichen Handelns desselben Anwalts als Rechtsbeistands zu bedienen, und ist dieß der Fall, so handelt das Gericht im Sinne des Gesetzes und der Parteien, wenn dasselbe den Anwalt von einer Ladung der letzteren und dem Grunde derselben in Kenntniß setzt. Die Bezirksgerichte sollten daher eine solche Benachrichtigung nicht unterlassen, und es möchte dieselbe um so mehr zu empfehlen seyn, als es im Interesse des Ansehen und der Würde der Gerichte liegt, selbst den, wenn auch noch so unbegründeten, Schein zu vermeiden, als ob es bei der Umgehung der Rechtsanwälte auf eine Verkürzung der Rechtsvertheidigung der Parteien abgesehen seyn könnte.

---

[36] Vgl. Berner, das Org.-Edikt S. 293. Ziff. 39. lit. c. S. 296. zu c. S. 299. §. 39. lit. c.

III. Als Sachwalter, Prokurator, kann jede volljährige Mannsperson, mit alleiniger Ausnahme der zur Zuchthausstrafe rechtskräftig Verurtheilten, bestellt werden.[37] Ein Rechtsgelehrter braucht der Sachwalter als solcher nicht zu seyn. Da aber die Führung eines Prozesses wesentlich Rechtskenntniß erfordert, und nicht zur Rechtspraxis ermächtigte Personen besonders in der Schriftverfassung sehr beschränkt sind,[38] so werden die Sachwalter in der Regel aus der Zahl der öffentlichen Rechtsanwälte genommen.

Daß dieß in den Prozessen vor den Bezirksgerichten zuläßig ist, steht außer Zweifel. Nur bezüglich der Beiziehung der öffentlichen Rechtsanwälte in der Eigenschaft als bloße Beistände und Fürsprecher enthielt das IV. Edikt Beschränkungen, indem der §. 76 in das Ermessen des Richters stellte, Advokaten als solche (im Gegensatz zu Prokuratoren) von der Verhandlung wegen des Vergleichsversuchs auszuschließen[39], und zudem bestimmte, daß die unterliegende Partei niemals verurtheilt

---

[37] Landrecht Th. I. Tit. 16. §. 14. u. 16—19., vgl. mit Art. 6 des Gesetzes über die priv. rechtl. Folgen der Verbrechen vom 5. Sept. 1839. Als Väter oder Ehemänner der Parteien können übrigens auch die zum Zuchthaus Verurtheilten vor Gericht handeln.

[38] Vgl. Gemeinbescheid des O.T. vom 29. September 1854 (Regbl. S. 104).

[39] Es war dieß ein gewiß nicht empfehlenswürdiger und ebensowohl dem Interesse der Parteien gefährlicher, als dem Vertrauen zu dem Gericht schadender Versuch, die in der württ. Gesetzgebung von jeher sehr begünstigte (vgl. die Generalreskripte vom 23. Juni 1573, 3. Febr. 1582 u. 31. Dez. 1781. [Reyscher, Bd. 5. S. 428. Bd. 6. S. 628.] Landrecht Th. I. Tit. 8. §. 4. IV. Edikt §. 16 bis 29. 81. 100. Justiznovelle §. 21.) Herbeiführung von Vergleichen möglichst zu befördern. Neu war der Gedanke übrigens nicht, denn schon das Lübeck'sche Stadtrecht verbietet die Zulassung der Advokaten bei Vergleichsterminen, (Brokes, Obs. for. Append. I. Art. 170.) und die vielen Statuten deutscher Städte, welchen das Lübeck'sche Recht zur Grundlage dient, haben dieses Verbot wiederholt.

werden könne, ihrer Gegenpartei, welche sich bei dem mündlichen Verfahren vor den Oberamtsgerichten eines Advokaten bediene, die ihr hiedurch weiter zugegangenen Kosten zu ersetzen.[40] Diese Bestimmungen wurden jedoch durch den §. 16 der Justiznovelle mit Recht aufgehoben, und damit die unbeschränkte Zulassung der öffentlichen Rechtsanwälte vor den Bezirksgerichten auch in der Eigenschaft als bloße Beistände ausgesprochen.

Bezüglich der vor den Gemeinderäthen anhängigen Untergangs- und geringfügigen Sachen bestimmt der §. 4 Ziff. 2 des IV. Edikts, daß bei deren Verhandlung durch die Gemeinderäthe die Beiziehung von Advokaten unzuläßig seye, und diese Bestimmung besteht noch unverändert in Kraft, da der §. 16 der Justiznovelle sich nur auf die Zulassung der rechtsgelehrten Beistände vor den Bezirksgerichten bezieht.[41] Streitig ist nun, ob auch der Fall der Bevollmächtigung eines öffentlichen Rechtsanwalts von dem Verbot der Beiziehung von Advokaten getroffen werden wollte. Diese Frage ist zu verneinen. Der Versuch, die Advokaten als solche in geringfügigen Sachen zu beseitigen, ist nicht neu. Schon ein Generalreskript vom 23. Juni 1573,[42] worin die Vervielfältigung, Verschleppung

---

[40] Es hatte dieß außer Zweifel seinen Grund in der auf möglichste Fernhaltung der Advokaten gerichteten Tendenz des IV. Edikts, welches nach dem Vorgang der allg. Gerichtsordnung für die preußischen Staaten von 1793 und 1815 in der Ausdehnung der richterlichen Gewalt und Anwendung der Untersuchungsmaxime einen vorzuziehenden Ersatz für den rechtlichen Beistand der Advokaten gefunden zu haben glaubte. Die für die Parteien hierin liegende Gefahr ließ sich jedoch nicht verkennen und schon durch die Novelle wurde daher die Zuziehung von Rechtsbeiständen wieder freigegeben.

[41] Adresse d. K. d. A. vom 11. April 1821 Ziff. 39 lit. b, K. Reskript vom 16. Juni 1821 Ziff. 38 zu b, Landtagsabschied vom 30. Juni 1821 §. 39 lit. b.

[42] Reyscher, Bd. 4 S. 427 ff. Wächter, württ. Privatrecht Bd. 1 S. 293 ff.

und Verwicklung der Prozesse, neben der Streitsucht der Parteien und dem schriftlichen Verfahren, hauptsächlich den Advokaten zugeschrieben[43] und geklagt wird, daß die Richter erster Instanz, welche gemeinlich Burgers- und Bauersleute seyen, durch die allegationes der Advokaten so irrig gemacht werden, daß sie sich bei Verfassung der Urtel nicht in die Sache zu richten wissen, bestimmt, daß bei Dorfgerichten kein Advokat zugelassen werden solle, außer in ganz wichtigen Sachen, und bei Stadtgerichten in Sachen unter 50 fl. die Advokaten ganz ausgeschlossen seyn und die Parteien ihre Fürsprecher aus dem Ring[44] nehmen sollen. Hier ist unzweifelhaft nur von dem Ausschluß der Advokaten als Fürsprecher die Rede, wie denn auch die Gesetzessprache jener Zeit unter Advokaten regelmäßig die rechtsgelehrten Beistände und Fürsprecher verstand, wofür insbesondere das erste und zweite Landrecht Zeugniß gibt.[45] In gleicher Weise bestimmt das dritte Landrecht Theil I. Tit. 8 §. 8, daß bei den Dorfgerichten ohne Gebrauch rechtsgelehrter Advokaten prozedirt werden solle, und daß auch bei dieser Bestimmung das Gesetz nur die Beiziehung rechtsgelehrter Advokaten in der Eigenschaft als Fürsprecher im Auge hatte, zeigt die Vergleichung mit Tit. 17 §. 4. Auch das Generalreskript vom

---

[43] In ähnlicher Weise klagte eine K. preußische Kabinetsordre von 1780 die Advokaten als die Ursache der schlechten und gefährlichen Prozeßführung an. Mittermaier, der gem. deutsche bürgerliche Prozeß S. 72.

[44] Es war eine alte Sitte, daß die Parteien sich Fürsprecher aus der Mitte der Richter selbst (aus dem Ring) wählen konnten, und es gestattete dieß auch das Tübinger und das Uracher Stadtrecht (Wächter, württ. P.R. Bd. 1 S. 73 in der Note). Auch nach den beiden ersten Landrechten von 1555 und 1567 konnten die Parteien noch Fürsprecher aus dem Ring des Gerichts nehmen (Reyscher, Bd. 4 S. 228) und erst durch das dritte Landrecht von 1610 Th. I. Tit. 17 §. 3 wurde dieser Gebrauch gänzlich abgestellt. (Wächter, a. a. O. S. 296, 662.)

[45] Reyscher, Bd. 4 S. 228—230.

31. Dez. 1781,[46] welches die Bestimmung des Generalreskripts vom 23. Juni 1573 und des Landrechts in Erinnerung bringt, spricht wiederum nur von dem Ausschluß der gelehrten Advokaten in den unter 50 fl. betragenden Sachen. Der bevollmächtigten Sachwalter geschieht auch hier keine Erwähnung. In demselben Sinne, wie die ältere Gesetzgebung, ist der in dem §. 4 des IV. Edikts ausgesprochene Ausschluß der Advokaten bei Verhandlung der vor den Gemeinderäthen anhängigen geringfügigen und Untergangssachen aufzufassen.

Anderer Ansicht war der Gemeinderath der Stadt C., indem dieser am 2. März 1858 in einer vor demselben anhängigen geringfügigen Sache den Rechtskonsulenten H., welchen der Kl. wegen der sehr weiten Entfernung seines Wohnsitzes von C. als Bevollmächtigten aufgestellt hatte, auf den Grund des §. 4 Ziff. 2 des IV. Edikts zurückwies. Auch das Oberamtsgericht C. war derselben Ansicht, indem dieses auf erhobene Beschwerde die gemeinderäthliche Verfügung bestätigte, und ebenso erachtete der Gerichtshof zu E. die Zurückweisung des Rechtskonsulenten H. für begründet. In dem dießfälligen Erlasse des Gerichtshofs vom 13. April 1858 führte dieser aus, daß der Grund, warum im §. 4 Nr. 2 des IV. Edikts die Beiziehung von Advokaten bei gemeinderäthlichen Civilverhandlungen für unzuläßig erklärt werde, darin liege, daß nach §. 14 des IV. Edikts das Verfahren vor den nicht rechtsgelehrten Gemeinderäthen ein mündliches und überhaupt ein möglichst schnelles, kurzes und einfaches seyn solle, während durch Beiziehung von Rechtsgelehrten die Verhandlungen leicht erschwert und verwickelt und dadurch die Absicht des Gesetzgebers vereitelt werden könnte. Dieser Grund des Gesetzes sey ein allgemeiner, der ebensosehr auf die Advokaten als Anwälte, wie als Rechtsbeistände passe. Auch verbiete das Gesetz ganz allgemein die Beiziehung von

---

[46] Reyscher, Bd. 6 S. 660.

Advokaten, ohne zu unterscheiden, ob sie mit oder anstatt der Partei vor dem Gemeinderath erscheinen. — Das Obertribunal sprach sich jedoch, als die Sache im Beschwerdewege an dasselbe gelangt war, in voller Versammlung einstimmig für die Zulassung bevollmächtigter Rechtsanwälte zu den Verhandlungen der gemeinderäthlichen Civilprozeßsachen aus, und begründete dieß in einem Erlaß vom 15. September 1858 folgendermaßen: „Insoweit als die persönliche Anwesenheit einer Partei im einzelnen Falle nicht geboten ist, kann dieselbe auch bei der Verhandlung geringfügiger Sachen vor den Gemeinderäthen in gleicher Weise, wie in andern Rechtssachen, durch einen bevollmächtigten Dritten sich vertreten lassen. Als solcher kann der Regel nach und soweit nicht im Gesetz eine Ausnahme begründet ist, jeder Volljährige bestellt werden. Um die rechtsgelehrten Anwälte von der Vertretung der Parteien in den vor den Gemeinderäthen verhandelten Rechtsstreitigkeiten ausschließen zu können, müßte daher dieser Ausschluß im Gesetze unzweideutig ausgesprochen seyn. Nun ist zwar in Ziff. 2 des §. 4 des IV. Edikts bestimmt, daß bei der Verhandlung von Untergangs- und geringfügigen Sachen vor den Gemeinderäthen die Beiziehung von Advokaten unzuläßig seye. Allein daß bei dieser Bestimmung nicht an den Fall der Bestellung eines Rechtsanwalts zum V e r t r e t e r oder S a c h w a l t e r einer Partei, sondern nur an die Beiziehung eines rechtsgelehrten B e i s t a n d s n e b e n der Partei gedacht wurde, und nur diese daher als durch fragliche Bestimmung verboten betrachtet werden kann, dafür spricht schon der Wortlaut derselben. Denn nur in der Beschränkung auf letzteren Fall konnte das Gesetz von der Unzuläßigkeit der B e i z i e h u n g eines Advokaten sprechen, da nur der Fürsprecher einer Partei von ihr b e i g e z o g e n wird, während der bevollmächtigte Anwalt s e l b s t h a n d e l n d f ü r s i e a u f t r i t t. Es stimmt hiemit auch der sonstige Sprachgebrauch des IV. Edikts überein, da überall nur

da, wo von Fürsprechern oder Beiständen der Parteien die Rede ist, der Ausdruck „Beiziehung" gebraucht wird. So ist im §. 20, welcher von dem friedensrichterlichen Vergleichsversuche handelt, bestimmt, daß die Parteien zwar persönlich zu erscheinen haben, die Beiziehung von Beiständen ihnen jedoch unbenommen bleibe, und ebenso ist im §. 76, welcher gleich dem §. 75 von den Fürsprechern der Parteien handelt, wiederum nur von der Beiziehung rechtsgelehrter Beistände die Rede, und indem hier in Klammern „Advokaten" beigesetzt ist, so ist hiemit zugleich ein weiterer Beleg dafür gegeben, daß auch im §. 4 unter Advokaten, dem eigentlichen Wortbegriffe gemäß, nur rechtsgelehrte Fürsprecher oder Beistände verstanden sind. Uebereinstimmend hiemit hat auch der §. 16 der Justiznovelle, wo derselbe von Beiziehung der Advokaten spricht, ausgesprochenermaßen wiederum nur ihre Eigenschaft als rechtsgelehrte Beistände im Auge. Sowohl die gewöhnliche Wortbedeutung, wie der Sprachgebrauch des Gesetzes weisen daher darauf hin, daß durch die Bestimmung der Ziff. 2 des §. 4 des IV. Ediktes nur die Beiziehung rechtsgelehrter Fürsprecher der Parteien neben diesen für unzuläßig erklärt, nicht aber auch die Bestellung der Rechtsanwälte zu Sachwaltern der Parteien untersagt werden wollte."

„Diesem entspricht auch die seitherige Uebung, indem insbesondere von den Gemeinderäthen der größeren Städte, bei welchen das Bedürfniß der Zulassung von Bevollmächtigten häufiger sich geltend macht, die Bevollmächtigung von Rechtskonsulenten als Vertreter der Parteien nicht beanstandet zu werden pflegt."

„In der That würde auch bei einer andern Auslegung der fraglichen Gesetzesbestimmung den Parteien in manchen Fällen, wo sie durch weite Entfernung oder andere zwingende Umstände an dem persönlichen Erscheinen vor dem Gemeinderath verhindert sind, die Verfolgung ihrer rechtlichen Ansprüche in hohem Grade erschwert, wo

nicht unmöglich gemacht werden, da es, abgesehen von den hiezu aufgestellten Rechtsanwälten, häufig an Personen fehlen wird, welchen die Parteien ihre Vertretung vor Gericht mit Vertrauen übertragen können, oder welche solche Aufträge zumal von fremden Personen anzunehmen sich bereit finden lassen. Diejenigen Personen aber, welche außer den Rechtsanwälten mit der Vertretung Dritter vor Gericht sich befassen, werden der Regel nach der Klasse der sog. Entenmaier angehören, deren Zulassung in den vor den Gemeinderäthen verhandelten Rechtssachen nicht nur dem allgemeinen gesetzlichen Verbot ihrer Einmischung in prozessualische Angelegenheiten Dritter widerstreiten, sondern auch die Herbeiführung von Weiterungen und Verwicklungen, welchen nach der unzweifelhaften Absicht des Gesetzes durch das Verbot der Beiziehung von Advokaten begegnet werden wollte, umgekehrt befördern würde. Der Ausschluß der letzteren in der Eigenschaft als Fürsprecher und Beistände der Parteien war aber zur Erreichung des Zweckes der Vereinfachung der den Gemeinderäthen zugewiesenen Rechtssachen für die Regel um deßwillen genügend, weil in den meisten dieser Rechtssachen die Parteien, soweit ihnen keine gesetzlichen Entschuldigungsgründe zur Seite stehen, zum persönlichen Erscheinen angehalten werden können, hiemit aber, da die Advokaten neben den Parteien nicht erscheinen dürfen, der regelmäßige Ausschluß derselben ausgesprochen ist. Wo aber das persönliche Erscheinen einer Partei entweder überhaupt nicht geboten ist, oder dieselbe für ihr Ausbleiben zureichende Entschuldigungsgründe hat, fehlt es nach dem Ausgeführten an einem gesetzlichen Grunde, um Rechtsanwälte von der Vertretung der Parteien bei gemeinderäthlichen Verhandlungen auszuschließen und es können daher dieselben in gleicher Weise und mit denselben Befugnissen, wie andere nicht zur Rechtspraxis ermächtigte Personen als bevollmächtigte Sachwalter der ausbleibenden Partei für diese vor den Gemeinderäthen handeln."

Derselben Ansicht wie das Obertribunal scheinen auch Scheuerlen[47] und Schütz[48] zu seyn, während Schäfer[49] nur die Entscheidung des Obertribunals nebst den dafür und dagegen sprechenden Gründen kurz anführt, ohne eine eigene Ansicht auszusprechen.

Als gegen die Ansicht des Obertribunals sprechend wird von Schäfer hervorgehoben, daß ohne vollständigen Ausschluß der Rechtsanwälte, auch in der Eigenschaft als Bevollmächtigte der Zweck des Edikts bei der fraglichen Bestimmung, zu verhüten, daß die nicht rechtsgelehrten Richter durch die Vorträge von Advokaten irre geleitet werden, nur unvollständig erreicht werden würde, und daß im Geiste des ganzen Edikts die möglichste Beseitigung der Advokaten bei den gerichtlichen Verhandlungen überhaupt liege. Allein Grund und Zweck der fraglichen Bestimmung läßt sich in Ermanglung von Motiven nur muthmaßen, und bloße Muthmaßungen sind wenig geeignet, einen sicheren Boden für die Auslegung zu bilden. Auch lag das von Schäfer der fraglichen Bestimmung des Edikts unterstellte Motiv, wie gezeigt, schon dem Generalreskript vom 23. Juni 1573 zu Grund, und doch hat auch dieses Reskript nur die rechtsgelehrten Fürsprecher ausgeschlossen. Ueberdieß ist in Städten, wo die Zulassung bevollmächtigter Rechtsanwälte vorzugsweise eine praktische Bedeutung haben wird, eine Irreleitung der Gemeinderäthe wohl nicht so leicht zu befürchten, da sie regelmäßig Männer von mehr oder weniger juristischer Bildung in ihrer Mitte haben werden. Sodann ist es zwar richtig, daß das IV. Edikt den Einfluß und die Zulassung der rechtsgelehrten Advokaten im Prozeß möglichst zu beschränken grundsätzlich bestrebt war,

---

[47] Civilprozeß Bd. 1 S. 363.

[48] Civilprozeß S. 180.

[49] In der Ausgabe von Berner, das Verfahren in bürgerl. Streitsachen S. 484, 485.

allein eben weil das Edikt nur eine Beschränkung beabsichtigte, wie die dießfälligen Bestimmungen bezüglich des bezirksgerichtlichen Verfahrens beweisen, so läßt sich daraus nicht folgern, daß beim gemeinderäthlichen Verfahren die Rechtsanwälte vollständig und zwar auch als Bevollmächtigte ausgeschlossen werden wollten. Es wäre ein solcher Schluß um so gewagter, als der Wortlaut des Gesetzes dagegen spricht, daß der Gesetzgeber an diesen Fall überhaupt nur gedacht hat.

---

3) Wie ist die kritische Zeit beim Beweise der Vaterschaft zu unehelichen Kindern zu berechnen, inwieweit ist dabei auf den Grad der Reife des Kindes Rücksicht zu nehmen und wer hat den Beweis dießfalls zu führen?

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

Beim Beweise der Vaterschaft zu unehelichen Kindern kommt insbesondere die Zeitperiode, innerhalb deren ein Beischlaf die Entstehung eines an einem gewissen Tage geborenen Kindes zur Folge gehabt haben kann, in Frage, indem sowohl zur thatsächlichen Begründung der behaupteten Vaterschaft gehört, daß der Beischlaf des angeblichen Vaters mit der Mutter in jenen Zeitraum gefallen, als auch im Falle der Einrede mehrerer Zuhälter zu deren Begründung die Behauptung erfordert wird, daß die Mutter während derselben Zeitperiode auch mit Andern zugehalten habe. Eine besondere gesetzliche Bestimmung bezüglich der Berechnung dieser Periode besteht in Württemberg bekanntlich nicht, und es wurde sich in der Praxis häufig damit geholfen, daß man die Periode der unterstellbaren Empfängniß auf sechs Wochen vor und sechs Wochen nach der 38. bis 40. Woche oder auch dem 270. bis 280. Tage vor der Geburt des Kindes, als dem gewöhnlichen Schwängerungstermin, festsetzte, oder auch beim Eide über die Einrede mehrerer Zuhälter die Zeit des angeblich schwängernden Beischlafs für die Zwölfwochengränze zu Grund

legte.[1] Die Unrichtigkeit dieser, übrigens wohl nie allgemein gewordenen[2] Praxis ist jedoch längst anerkannt.[3] Das Obertribunal hat bekanntermaßen,[4] in Uebereinstimmung mit der Ansicht der meisten älteren und neueren Rechtslehrer[5] und im Einklang mit dem Gerichtsgebrauch auch anderer deutscher Staaten,[6] den Grundsatz angenommen und bis in die neueste Zeit stets festgehalten,[7] daß die im römischen

---

[1] Sarwey, Monatschrift Bd. 2 S. 469—473.

[2] Sarwey, Monatschrift Bd. 3 S. 63.

[3] Ebendas. Bd. 3, S. 245—248.

[4] Ebendas. Bd. 3, S. 336, Bd. 13, S. 281. Hufnagel, Mittheil. Bd. 1, S. 5.

[5] Leyser, Medit. ad. Pand Vol. 1 Spec. XV. med. 2 p. 156. Hommel, Rhapsod. Quaest. for. Vol. V. obs. 604. Berger, Oeconom. Jur. ad usum hod. acc. Lib. I. Tit. II. th. 2. not 3. Consil. Tub. IX. 20. nr. 59. 60. Glück, Comm. Bd. 28, S. 186—192. Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen Bd. 4, S. 345—349. Heerwart, im Archiv für civ. Praxis Bd. 4, S. 447. Gett, die Rechtsverh. aus der außerehel. Geschlechtsgemeinschaft §. 32, S. 101—103. Mühlenbruch, Pand. Th. 1, §. 205. Holzschuher, Theorie ꝛc. ꝛc. Bd. 1, S. 835. Hufnagel, in s. Mittheil. Bd. 1, S. 7. Sintenis, Civilrecht Bd. 3, S. 99. Savigny, System Bd. 2, S. 414, 415.

[6] So z. B. der Gerichtsgebrauch in Hannover, Kurhessen, Sachsen-Weimar, Braunschweig u. s. w. Gett, theoret. prakt. Ausf. S. 62, 79. Bülow, Abhandl. Th. 2, Heft 1. Nr. VII. S. 71—73. Seuffert, Archiv Bd. 5, S. 221, Bd. 10, S. 228 ff. Bd. 12, S. 208.

[7] Entsch. d. Obertribunals vom 17. April 1838. in S. S. g. E.; vom 23. März 1839. in S. D. g. Sch.; vom 30. Sept. 1843 in S. M. g. B.; vom 25. Febr. 1846 in S. G. g. K; vom 27. Januar 1849 in S. H. g. U.; vom 15. April 1851 in S. M. g. W.; vom 7. Juni 1851 in S. F. g. L.; vom 3. März 1852 in S. W. g. G.; vom 5. Juni 1852 in S. K. g. Sch.; vom 9. Juni 1852 in S. J. g. S.; vom 25. Sept. 1852/4. Januar 1853 in S. S. g. M.; vom 14. Nov. 1854 in S. D. g. H.; vom 18. Aug. 1855 in S. W. g. Sch.; vom 13. Juni 1856 in S. O. g. K.; vom 14. Nov. 1856 in S. M. g. G.; vom 19. August/2. Okt. 1857 in S. K. g. U.; vom 4. Sept. 1857 in S. H. g. M.; vom 22. Januar 1859 in S. W. g. D.; vom 18. Febr. 1859 in S. K. g. H.

Recht [8] für den Beweis der Legitimität von — während der Ehe oder nach deren Auflösung geborenen Kindern angenommene längste und kürzeste Schwangerschaftsdauer auch bei der Frage von der Vaterschaft zu unehelichen Kindern zu Grund zu legen seye, wonach gegen denjenigen, dessen Beischlaf mit der Mutter nicht später als 182 und nicht früher als 300 [9] Tage vor dem Geburtstage des Kindes, diesen einschließlich gerechnet, stattgefunden, die rechtliche Vermuthung der Erzeugung des Kindes streitet, ebenso aber auch die Einrede der mehreren Zuhälter begründet ist, wenn die Mutter innerhalb desselben Zeitraums erwiesener oder geständigermaßen auch mit Anderen sich vergangen hat.

Bei Berechnung der 182 und 300 Tage ist sowohl der Geburtstag des Kindes, als der Tag, an welchem der angeblich schwängernde Beischlaf stattgefunden, voll mitzuzählen, ohne daß es darauf ankommt, zu welcher Tages- oder Nachtzeit die Geburt erfolgt, beziehungsweise der Beischlaf stattgefunden hat, da hier die Civilcomputation Platz greift, bei welcher lediglich nach Kalendertagen von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet wird. [10]

---

[8] l. 12 D. de statu hom. (1,5.) — l. 3. §. 11. 12. D. de suis et legit. her. (38,16.) — l. 29. pr. D. de lib. et post. (28,2.)

[9] Nicht 304 oder 305 Tage, wie Manche wollen (Monatschr. Bd. 2, S. 469. Bd. 3, S. 247. Bd. 13, S. 421.) Denn bei Berechnung einer beweglichen, nach Monaten bestimmten Frist sind nur 30 Tage auf den Monat zu rechnen (Zeitmonat im Gegensatz zum Kalendermonat). l. 11. §. 6. l. 29. §. 5. D. ad leg. Jul. de adult. (48,5) — l. 1. §. 10. D. ad S.C. Turp. (48,16.) — cst. 22. § 2. 11. Cod. de jure delib. (6,30.) Nov. 115 cap. 2. — l. 28. l. 31. §. 22. D. de aedil ed. (21,1.) Savigny, System Bd. 2, S. 403, 415. Bd. 4, S. 431. Göschen, Vorles. Bd. 1, §. 42, S. 145, §. 196, S. 577 f.; Thibaut, Pand. §. 96, not. f. Arndts, Pand. §. 88, not. f. u. Anm. 5. Sintenis, Civ. R. Bd. 1, S. 234, not. c. Seuffert, Archiv Bd. 10, S. 228, f.

[10] Savigny, System Bd. 4, S. 419, vgl. mit S. 364. Vangerow, Leitfaden (6. Aufl.) Bd. 1, S. 389, Nr. 7. Sintenis, Civ. R. Bd. 1, S. 234, ff. Seuffert, Archiv Bd. 5, S. 221. Entscheidung des Obertribunals vom 15. Januar 1840

Fällt ein Schalttag in die Grenzen des kritischen Zeitraums, so wird dieser um einen Tag verlängert, da bei nach Monaten oder Jahren bestimmten Zeiträumen der Schalttag nicht als ein besonderer, sondern mit dem darauf folgenden Tag als Einer gerechnet wird (bisextum).[11]

Derselben Ansicht, wie das Obertribunal ist seit lange auch der Gerichtshof zu Tübingen[12] gefolgt, ebenso die Gerichtshöfe zu Ulm[13] und zu Ellwangen[14], und auch der

in S. H. g. H.; vom 13. Juni 1856 in S. O g. K.; vom 14. November 1856 in S. M. g. G.; vom 21. Januar 1859 in S. W. g. D.

[11] l. 3. §. 3. D. de minor. (4,4) — l. 98. pr. D. de V. S. (50,16) — cap. 14 X de V. S. (5,40.) Savigny, System Bd. 4, S. 460 ff. Sintenis, Civilrecht Bd. 1, S. 234. cf. Glück, Comm. Bd. 3, S. 576 ff. Bd. 5, S. 542 ff. In einer von Seuffert, Archiv Bd. 5, S. 221 mitgetheilten Entscheidung des OAG. zu Celle vom 27. Okt. 1817 wurde bei Berechnung der 182 Tage der Schalttag als ein besonderer Tag mitgezählt, vielleicht (denn Gründe sind nicht angegeben) in der Unterstellung, daß die vorgedachte Regel für die Behandlung des Schalttags im heutigen Recht nicht mehr anwendbar sey. Ueber die Unrichtigkeit einer solchen Unterstellung vgl. Savigny, a. a. O. S. 475 ff. Thibaut, Pand. §. 96 not. 2. Glück, a. a. O. Bd. 3. S. 581, 582.

[12] Hufnagel, Mitth. Bd. 1, S. 5, 6. führt Entsch. des GH. zu Tübingen vom 26. April 1820 und 13. Nov. 1841, Reuffer, Zeitschr. f. Rechtspfl. Bd. 1, S. 114—116 eine Entscheidung vom 17. Juni 1850 an.

[13] Es entnimmt dieß der Verf. aus ihm gerade vorliegenden Entsch. des Gerichtshofs zu Ulm vom 9. Mai 1837 in S. D. g. Sch., vom 23. Aug. 1851 in S. M. g. S., vom 8. Mai 1857 in S. U. g. K.

[14] Früher war der Gerichtshof zu Ellwangen anderer Ansicht, indem derselbe am 12. Septbr. 1835 bei Entsch. der A. S. St. g. D. davon ausgieng, daß die im röm. Recht zu Gunsten der ehelichen Kinder aufgestellte Rechtsvermuthung auf außereheliche Kinder keine Anwendung leide, vielmehr bei diesen die Frage wegen der Vaterschaft stets nach den Momenten des einzelnen Falls zu beurtheilen seye (vgl. Richter Auff. S. 48—51.) Am 12. Nov. 1839 wurde jedoch in S. D. g. G. diese Thesis von dem Gerichtshofe wieder verlassen und die Thesis der Obertrib.

Gerichtshof zu Eßlingen legte bis zum Jahr 1853 dieselbe Thesis seinen Entscheidungen zu Grund.[15] In neuerer Zeit hat jedoch letzterer Gerichtshof diese Thesis verlassen und andere Grundsätze bezüglich der Berechnung der kritischen Zeit angenommen, und es scheinen diese Grundsätze auch bei Bezirksgerichten des Neckarkreises Eingang gefunden zu haben. Dieß ist die Veranlassung der gegenwärtigen Mittheilung.

Man sollte glauben die analoge Anwendung des im röm. Recht, wenn auch zunächst mit Rücksicht auf die Frage von der ehelichen Geburt, aufgestellten präsumtiven Zeitraums der Schwangerschaft auf außereheliche Kinder liege in der Natur der Sache, da die Bestimmung dieses Zeitraums nur auf der physiologischen Voraussetzung der Möglichkeit einerseits einer Schwangerschaftsdauer von 300 Tagen und andererseits der Geburt eines lebensfähigen Kindes am 182. Tage nach dem Beischlaf beruhen kann, diese Möglichkeit aber bei ehelichen und unehelichen Kindern dieselbe seyn muß, und daher, wie schon Hufnagel[16] bemerkt hat, nicht einzusehen wäre, warum bei außerehelichen Kindern nach anderen Terminen als bei ehelichen gerechnet werden sollte.[17]

---

angenommen und seit dieser Zeit in allen vorkommenden Fällen zur Anwendung gebracht. So insbesondere den 30. April 1840 in S. H. g. Z.; den 8. Febr. 1856 in S. G. g. M.; den 16. September 1856 in S. Sch. g. St.; den 20. Januar/3. Febr. 1857 in S. L. g. K.; den 15. Dez. 1857 in S. H. g. K.; bei letzterer Entscheidung wurde die Anwendung der fragl. Präsumtion auf außereheliche Kinder als eine konstante Praxis des Gerichtshofs und des Obertrib. bezeichnet.

[15] Hufnagel, Mitth. Bd. 2, S. 689, wo eine Entsch. des Gerichtshofs in Eßlingen vom 14. Febr. 1837 angeführt ist. Die von Neuffer a. a. O. (Note 12) mitgetheilten Entscheidungs-Gr. des Gerichtshofs zu Tübingen sind fast wörtlich aus Entsch. Gr. des Gerichtshofs zu Eßlingen vom Jahr 1847 entnommen.

[16] Mitth. Bd. 1, S. 6. 7.

[17] Auffallend ist daher, daß das preuß. allg. Landrecht zwischen ehelichen und außerehelichen Kindern unterscheidet, und bei letzteren das Geborenseyn innerhalb des 210. und 285. Tags nach der

Der Umstand, daß die röm. Gesetze die fragliche Rechtsvermuthung nur bei der Frage von der ehelichen Geburt eines Kindes aufstellen, erklärt sich dadurch, daß bei dem Verhältnisse, in welchem nach dem röm. Rechte die unehelichen Kinder zu ihrem Erzeuger standen, die Vaterschaft gar nicht in Frage kommen konnte, und kann daher keinen Grund abgeben, im heutigen Recht die Anwendung der röm. Terminbestimmung auf uneheliche Kinder auszuschließen. Es würde auch, wenn man diese Bestimmung nicht für anwendbar erkennen wollte, an jedem anderweitigen festen Anhaltspunkte mangeln und in Absicht auf das in Frage stehende Rechtsverhältniß alle Rechtssicherheit verschwinden.[18] Daher wird die Unvermeidlichkeit der Anwendung der Vermuthung des röm. Rechts auf außereheliche Kinder selbst von solchen anerkannt, welche, weil sie den Grund jener Vermuthung vorzugsweise in der Heiligkeit der Ehe finden, die Anwendung einer wirklichen Analogie des röm. Rechts bestreiten.[19] Auch verschiedene neuere Gesetzgebungen haben die Bestimmungen des röm. Rechts adoptirt und deren gleichmäßige Anwendung auf eheliche, wie auf uneheliche Kinder ausgesprochen. Das am 1. Juni 1811 promulgirte allg. bürg. Ges.-Buch für die deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie, welches nach §. 163 die Klage des unehelichen Kindes gegen den Vater gestattet, stellt den Satz auf, daß gegen denjenigen die rechtliche Vermuthung der Erzeugung eines Kindes gelte, welcher eines Beischlafs mit der Mutter desselben in dem Zeitraum zwischen dem 180. und 300. Tage, rückwärts von der Geburt des Kindes gerechnet, über-

---

fragl. außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft verlangt, um einen Anspruch gegen den Erzeuger zu begründen, (L. R. Th. II Tit. 2, §. 618 und Tit. 1, §. 1077, 1078) während es eine eheliche Geburt bis zum 302. Tage nach Auflösung der Ehe präsumirt. (L. R. Th. II. Tit. 2, §. 19.)

[18] In dieser Weise hat sich das Obertribunal insbesondere in der Entsch. vom 23. März 1839 in S. D. g. Sch. ausgesprochen.

[19] So z. B. Savigny, System Bd. 2, S. 415.

wiesen werde, was mit der Zeitbestimmung des §. 138 hinsichtlich der rechtlichen Vermuthung der ehelichen Geburt übereinstimmt. Das K. bayerische Landrecht von 1756, welches Th. I Kap. 4 §. 8 den unehelichen Vater in erster Linie für alimentationspflichtig erklärt, verlangt zum Beweise der Vaterschaft den gerichtsordnungsmäßigen Nachweis der fleischlichen Beiwohnung innerhalb des 182. und 302. Tages rückwärts von der Geburt des Kindes gerechnet. Das bürgerliche Gesetzbuch des Kantons Luzern vom 22. Oktober 1831, welches den Beweis der Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde, neben der Beobachtung verschiedener Formalitäten, von der Abschwörung eines Ergänzungseides der Mutter abhängig macht, gestattet nach §. 91 die Abschwörung dieses Eides nicht, wenn die Geburt des Kindes vor dem 180. oder nach dem 300. Tage von dem angeblich schwängernden Beischlaf an erfolgt ist. Die gleiche Bestimmung hinsichtlich der kritischen Zeit enthält das Civilgesetzbuch für den Kanton Freiburg vom 22. Mai 1834, indem nach Art. 223 der entweder von der Mutter zu leistende Erfüllungseid oder von dem angeblichen Vater abzuschwörende Reinigungseid über den ganzen Zeitraum vom 300. bis zum 180. Tage vor der Geburt des Kindes sich zu erstrecken hat, und dasselbe bestimmt in dieser Beziehung das am 23. Dez. 1824 promulgirte Civilgesetzbuch für Bern (Satzg. 195). Deßgleichen enthält das Civilgesetzbuch für den Kanton Solothurn vom 23. Nov. 1842 die Bestimmung, daß der in Ermanglung eines Geständnisses des Beklagten von der Mutter des Kindes zu schwörende Eid unter Anderem dann ausgeschlossen sey, wenn die Niederkunft vor dem 180. oder nach dem 300. Tag der angegebenen Zeit des Beischlafes erfolgt ist oder dringender Verdacht vorliegt, daß die Klägerin im Zwischenraume vom 300. bis 180. Tag vor ihrer Niederkunft mit einer anderen Mannsperson fleischlichen Umgang gepflogen hat. Das französische Recht endlich gewährt zwar den unehelichen Kindern ge-

gen den Vater gar keine Ansprüche, die Vermuthung bei ehelichen Kindern setzt dasselbe aber im Anschluß an das römische Recht zwischen 180 und 300 Tage.[20]

Ob die physiologischen Voraussetzungen dieser Vermuthung nach dem heutigen Stande der medizinischen Wissenschaft richtig sind, kann bei der Frage von deren Anwendbarkeit nicht in Betracht kommen. Uebrigens ist zu bemerken, daß die dießfälligen Bestimmungen des römischen Rechts und die in demselben liegende Abwehr der individuellen Beurtheilung von einem der geachtetsten medizinischen Schriftsteller[21] auch nach dem neueren Stande der Wissenschaft als zweckmäßig und wohlthätig anerkannt werden.

Dagegen steht soviel außer Frage, daß ein im siebenten Monate nach dem Beischlaf geborenes Kind nicht vollkommen reif, ein im neunten oder zehenten Monat geborenes Kind nicht unreif seyn kann, und es hat daher das Obertribunal, im Einklang mit der Praxis der Gerichtshöfe, stets daran festgehalten, daß die Vermuthung ausgeschlossen werde, wenn im einzelnen Falle die physische Beschaffenheit, der Grad der Reife des Kindes, mit derselben im Widerspruch steht.[22] Einen solchen Widerspruch

[20] Enger begrenzt den kritischen Zeitraum, außer dem in der Note 17 angeführten preuß. Landrecht, das in dieser Beziehung übereinstimmende herzogl. Koburg'sche Gesetz vom 25. Juni 1825, die einfachen fleischlichen Vergehen betr., deßgleichen die Sachsen-Altenburg'sche Konstitution über die fleischlichen Verbrechen vom 7. Juli 1823, und das herzoglich Sachsen-Meining'sche Gesetz vom 9. September 1844.

[21] Henke, Abh. aus dem Gebiete der gerichtlichen Medizin Bd. 3, S. 271—275, 301—304.

[22] Entscheidungen des Obertribunals vom 17. April — 10. Juli 1838 in S. E. g. S.; vom 23. März 1839 in S. D. g. Sch.; vom 26. September 1840 in S. B. g. N.; vom 16. Mai 1845 in S. G. g. G.; vom 25. Februar 1846 in S. G. g. K.; vom 27. Januar 1849 in S. H. g. U.; vom 2. April 1852 in S. B. g. G.; vom 5. Juni 1852 in S. K. g. Sch.; vom 9. Juni 1852 in S. J. g. S.; vom 28. Juni 1852 in S. Th. g. St.; vom 25. Sep-

muß aber diejenige Partei thatsächlich begründen und beweisen, welche die Nichtanwendbarkeit der gesetzlichen Vermuthung im einzelnen Falle behauptet, da diese zur Anwendung zu kommen hat, so lange über Reife oder Unreife des Kindes nichts Widersprechendes erhoben ist. Der Mutter des Kindes insbesondere liegt daher ein weiterer Beweis nicht ob, als daß der als Vater des Kindes von ihr in Anspruch genommene Beklagte innerhalb der kritischen Zeit geschlechtlichen Umgang mit ihr gepflogen; ist nur diese Thatsache zugestanden oder erwiesen, so streitet die gesetzliche Vermuthung für die Vaterschaft des Beklagten, und seine Sache ist es nun, den Gegenbeweis zu führen, wenn er aus der physischen Beschaffenheit des Kindes darthun zu können glaubt, daß dasselbe nicht aus seinem Beischlafe mit der Mutter herrühren könne. In gleicher Weise hat der Beklagte, welcher die Einrede mehrerer Zuhälter vorgeschützt, nicht mehr zu beweisen, als daß die Mutter des Kindes an irgend einem Tage innerhalb des kritischen Zeitraums auch mit einem andern Mann sich vergangen; denn ist dieß dargethan, so greift wiederum die gesetzliche Vermuthung Platz, wonach ungewiß wird, ob das Kind aus dem Beischlafe der Mutter mit dem Dritten oder mit dem Beklagten seine Entstehung erhalten hat, und macht die Klägerin geltend, daß der Reifegrad des Kindes die Annahme der Erzeugung desselben durch den Beischlaf mit dem Dritten ausschließe, so

---

tember 1852 — 4. Januar 1853 in S. S. g. M.; vom 18. Juni 1856 in S. B. g. E.; vom 14. November 1856 in S. M. g. G.; vom 19. August — 2. Oktober 1857 in S. K. g. U.; vom 21. Januar 1859 in S. W. g. D.; vom 18. Februar 1859 in S. K. g. H. — **Seuffert**, Archiv Bd. 12, Nro. 161, S. 208; **Sarwey**, Monatschrift Bd. 3, S. 336, 337; **Glück**, Comm. Bd. 28, S. 192; **Bülow und Hagemann**, praktische Erört. S. 348, Note f; **Busch**, Darstellung der Rechte geschw. Frauenspersonen S. 283 und 311; **Gett**, die Rechte aus den außerehelichen Geschlechtsgem. S. 104; **Gans**, Zeitschrift für Civil- und Criminalrechtspflege Bd. 1, Heft 4, Abs. 27, S. 569.

liegt ihr ob, dieß thatsächlich zu begründen und nachzuweisen. Hievon ist das Obertribunal schon bei der Entscheidung vom 17. April/10. Juli 1838 in S. E. g. S. ausgegangen. Zwar ist in die Entschließungsgründe ein bestimmter Ausspruch dießfalls nicht aufgenommen worden, allein aus dem Vortrag des Referenten und den Abstimmungen ergibt sich, daß zu Begründung der Alimentenklage nur die Führung des Beweises, daß die Mutter mit dem Beklagten innerhalb des kritischen Zeitraums vom 182. bis 300. Tage fleischlichen Umgang gepflogen habe, für erforderlich gehalten, und die Behauptung, daß das Kind nach dem Grad seiner Reife und im Verhältniß zur Zeit zwischen dem Beischlaf und der Geburt nicht aus diesem Beischlaf entstanden seyn könne, als Gegenstand der von dem Beklagten zu erweisenden Einrede erkannt wurde. Ebenso wurde in der am 23. März 1839 von dem Obertribunal entschiedenen Ationssache D. g. Sch. ausgesprochen, daß nicht die Klägerin den Beweis der Unreife des in der 35. Woche nach dem Beischlaf der Mutter mit dem Beklagten geborenen Kindes, sondern der Beklagte den Beweis der Reife desselben zu führen habe. In gleicher Weise sprach sich das Obertribunal am 26. September 1840 in S. B. g. R. aus, und ebenso wurde am 25. Febr. 1846 in S. G. g. K., am 2. April 1852 in S. B. g. G., am 5. Juni 1852 in S. K. g. Sch., am 18. Juni 1856 in S. B. g. E., am 14. Nov. 1856 in S. M. g. G. und am 19. Aug./2. Okt. 1857 in S. K. g. U. davon ausgegangen, daß derjenigen Partei, welche die Anwendbarkeit der gesetzlichen Vermuthung auf den Grund der körperlichen Beschaffenheit des Kindes widerspreche, der Gegenbeweis zu führen obliege. Auch in der am 25. September 1852 — 4. Januar 1853 entsch. At. S. S. g. M. wurde in dem Vortrag des Referenten dieselbe Ansicht niedergelegt; in den Entscheidungsgründen war kein Anlaß, über die Frage sich auszusprechen, da die behauptete Reife des am 236. Tag geborenen Kindes

als von der Klägerin nicht widersprochen angenommen wurde. In der am 21. Januar 1859 von dem Obertribunal entsch. At. S. W. g. D. hatte der Gerichtshof den der Klägerin bezüglich der Einrede der mehreren Zuhälter zugeschobenen Eid, ungeachtet über den Reifegrad des Kindes nichts erhoben war, auf den Zeitraum vom 250. bis 300. Tag, von der Geburt des Kindes rückwärts gerechnet, beschränkt, weil der Beklagte nicht behauptet habe, daß das Kind unreif gewesen. Hiegegen wurde in den Entscheidungsgründen des Obertribunals bemerkt: „Eine dießfällige Behauptung aufzustellen, war nicht Sache des Beklagten. Wenn die Klägerin beschwören will, daß sie in der Zeit, in welcher das Kind möglicher Weise erzeugt worden seyn kann, mit keinem Dritten fleischlichen Umgang gehabt habe, so muß sie dieß für den ganzen Zeitraum thun, in welchem ein lebensfähiges Kind erzeugt werden konnte. Will sie diesen Zeitraum auf eine kürzere Zeit beschränken, so kann ihr dieß nur gestattet werden, wenn sie behauptet und nachweist, daß schon aus der Beschaffenheit des Kindes, aus dessen Reifegrad hervorgehe, daß dessen Erzeugung nicht so früh oder nicht so spät, als bei dem Zeitraum von 182 bis 300 Tagen vorausgesetzt wird, erfolgt seyn könne."

Von großer Bedeutung ist die Austheilung der Beweislast insbesondere darum, weil der Beweis der Reife oder Unreife eines Kindes der Natur der Sache nach meist schwierig und insbesondere nach längerer Zeit und wo es sich nur um kleinere Zeitunterschiede handelt, selten zu erbringen seyn wird. In der Regel wird man, wo nicht ausschließlich, so doch vorzugsweise auf das Zeugniß der Hebamme angewiesen seyn. Soll dieses erst nach längerer Zeit, vielleicht nach Jahren eingezogen werden, so wird dasselbe regelmäßig schon darum ohne Gewicht seyn, weil ohne besondere hiefür sprechende Gründe sich nicht annehmen läßt, daß eine Hebamme, welcher inzwischen zuverläßig viele neugeborene Kinder durch die Hände

gegangen, die einzelnen über den Reifegrad entscheidenden Merkmale nach längerer Zeit aus der Erinnerung mit Sicherheit anzugeben im Stande seyn wird. Selbst abgesehen hievon wird aber der Werth eines solchen Zeugnisses als Grundlage für ein Urtheil häufig sehr zweifelhaft seyn, wenn man bedenkt, wie viel hiebei auf die größere oder geringere Aufmerksamkeit und die Erfahrung der Hebamme ankommt, und wie schwierig das Erkennen des Reifegrades und die Auffassung der verschiedenen Merkmale selbst für einen geübten Blick ist.[23] Ebendeßhalb wird auch auf ein etwaiges Zugeständniß der Mutter bezüglich des Reifegrades ein entscheidendes Gewicht nicht unbedingt gelegt werden dürfen, da die Mutter in der Regel ein zuverläßiges Urtheil in dieser Beziehung nicht haben wird.[24] Uebrigens kommt hier stets sehr viel auf die besonderen Verhältnisse des einzelnen Falls an, und sehr erleichtert wird der Beweis seyn, wenn der Beischlaf, aus welchem das Kind seine Entstehung erhalten haben soll, in die äußerste Grenze des kritischen Zeitraums fällt, da die im Laufe des siebenten Monats geborenen Kinder erfahrungsgemäß auffallende, auch dem ungeübten Auge erkennbare Zeichen der Unreife an sich tragen, und in der Regel wenigstens zur Fortsetzung des Lebens unfähig sind.[25]

Ist ein Kind erwiesenermaßen vollkommen reif geboren, so entsteht die Frage, innerhalb welcher Zeit rück-

---

[23] Entscheidung des Obertribunals vom 25. Sept. 1852 — 4. Januar 1853 in S. S. g. M. und vom 21. Januar 1859 in S. W. g. D.

[24] Entscheidung des Obertribunals vom 14. November 1856 in S. M. g. G.

[25] Mende, Handbuch der gerichtlichen Medizin, Thl. IV. §. 1766, S. 653. Henke, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 6. Auflage, §. 87 S. 69, §. 94 S. 72. — Entscheidung des Obertribunals vom 18. Februar 1859 in S. K. g. H.

wärts von der Geburt gerechnet dasselbe seine Entstehung erhalten haben kann. Das K. Medizinalkollegium hat sich am 1. November 1855 in einem Gutachten, welches in der am 18. Juni 1856 von dem Obertribunal entschiedenen At. S. B. g. E. eingeholt wurde, dahin ausgesprochen, daß bei einem reif geborenen Kind als Mittelzahl eine vierzigwöchige Dauer der Schwangerschaft angenommen werden müsse, daß übrigens die normalen Schwankungen der Schwangerschaftsdauer auf 270—290 Tage sich berechnen, und wenn an die äußerste Grenze der Wahrscheinlichkeit gegangen werde, als möglich zuzugeben seye, daß ein reifes Kind zu seiner Entwicklung noch 4 Wochen weniger als die kürzeste Schwangerschaftsdauer von 270 Tagen, also nur 242 Tage gebraucht habe. In ähnlicher Weise hat sich das K. Medizinalkollegium in einem am 20. Januar 1853 auf Veranlassung des Gerichtshofs zu Eßlingen in S. L. g. G. erstatteten Gutachten dahin ausgesprochen, daß bei einem Kind gewöhnlicher Reife in der Mehrzahl der Fälle die Zeugung zwischen dem 250. und 300. Tage, rückwärts von der Geburt gerechnet, erfolgt seyn werde. Uebereinstimmend hiemit wurde von dem Obertribunal am 23. März 1839 in S. D. g. Sch. und am 14. November 1856 in S. M. g. G. angenommen, daß ein am 246., beziehungsweise 248. Tage nach seiner Erzeugung geborenes Kind als ein reifes zur Welt kommen könne, oder doch nicht unbedingt unreif seyn müsse, und von demselben Satze wurde auch am 19. August/2. Oktober 1857 in S. K. g. U. und am 21. Jan. 1859 in S. W. g. D. ausgegangen. Dagegen wurde bei den Entscheidungen des Obertribunals vom 5. Juni 1852 in S. K. g. Sch., vom 9. Juni 1852 in S. J. g. S., vom 28. Juni 1852 in S. Th. g. St. und vom 19. August/2. Oktober 1857 in S. K. g. U. angenommen, daß ein am 205., beziehungsweise 210., 211., 214. Tage nach der Erzeugung geborenes Kind nicht die Merkmale eines reifen Kindes

an sich tragen könne, und auch das K. Medizinalkollegium sprach sich in dem schon erwähnten Gutachten vom 1. November 1855 dahin aus, daß es außerhalb aller Erfahrung, selbst aller Wahrscheinlichkeit liege, daß eine Schwangerschaft von 210 Tagen, deren Produkte sich auf der Grenze der Lebensunfähigkeit bewegen, ein reifes Kind liefern könne.

Hiemit sind auch die erforderlichen Anhaltspunkte für die Festsetzung des Eidesthema bei Alimentenklagen gegeben. In Fällen, wo über den Grad der Reife des Kindes nichts erhoben ist, hat das Eidesthema die ganze kritische Zeit von 182 bis 300 Tagen vor der Geburt des Kindes zu umfassen. Wo dagegen der Grad der Reife des Kindes dargethan ist, muß die kritische Zeit nach dem Verhältnisse des Reifegrads bestimmt und hierauf das Eidesthema beschränkt werden. Ist insbesondere dargethan, daß das Kind reif und ausgetragen zur Welt gekommen, so kann nur derjenige Zeitraum bei Festsetzung des Eidesthema Beachtung finden, innerhalb dessen nach physiologischen Gesetzen ein Kind reif geboren werden kann, und dieß ist, wenn man das oben erwähnte Gutachten des Medizinalkollegium vom 1. November 1855 zu Grund legt, der Zeitraum vom 242. bis 300. Tag vor der Geburt des Kindes. In der am 18. Februar 1859 entschiedenen At. S. K. g. H. (zu vergl. die Entscheidung vom 27. Januar 1849 in S. H. g. U.) ist übrigens das Obertribunal noch weiter gegangen, und hat in Anbetracht, daß bei den immerhin vorkommenden Schwankungen der Natur in der Dauer der Schwangerschaft der Geburtstag eines wenn auch vollkommen reifen Kindes nicht mit Sicherheit auf einen bestimmten Tag der Empfängniß zurückweise, und im Hinblick auf die (freilich mit Recht längst aufgegebene) Zwölfwochengrenze der älteren Praxis, das Eidesthema bezüglich der Einrede der mehreren Zuhälter auf den Zeitraum vom 228. bis 300. Tag vor der Geburt des Kindes erstreckt, obwohl von dem

Obertribunal als erwiesen angenommen worden, daß das Kind reif zur Welt gekommen. Dieß erscheint jedoch als ziemlich willkührlich und das allein Richtige ist offenbar, wenn diejenige Zeitperiode zu Grund gelegt wird, welche nach dem Gutachten des hiezu berufenen sachverständigen Kollegium dem Reifegrad des Kindes entspricht.

Von den bis daher dargelegten Grundsätzen ist, wie schon erwähnt, der Gerichtshof zu Eßlingen neuerdings abgewichen, indem derselbe am 18. Februar 1853 aus Anlaß der Entscheidung der At. S. L. g. G. beschloß:

1) Als mögliche Zeugungsperiode solle auf den Grund des (bereits erwähnten) Gutachtens des K. Medizinalkollegiums vom 20. Januar 1853 bei Kindern gewöhnlicher Reife der 250. bis 300. Tag rückwärts von der Geburt an, den Geburtstag mitgezählt, gerechnet werden.

2) Gewöhnliche Reife des Kindes solle angenommen werden, wenn von beiden Parteien nichts deßhalb bemerkt werde und das sonstige Vorbringen dieser Annahme nicht widerspreche.

3) Es gehöre zum Klagegrund, den dem Zeitpunkte der Zeugung entsprechenden Grad der Reife darzuthun, und es solle daher hierüber vom Gericht, wenn letzteres beklagter Seits verneint werde, oder der von der Klägerin angegebene Zeitpunkt des Beischlafs nicht in jene unter 1 unterstellte Periode falle, hierüber Nachweis von der Klägerin verlangt werden.

4) Ein behaupteter längerer Umgang, als jene Zeugungsperiode, solle, sobald er nur letztere ganz oder theilweise in sich begreife, auch hinsichtlich der Einrede mehrerer Zuhälter bei gewöhnlicher Reife nicht weiter beachtet, also hier nur, wenn eine Parteibehauptung über Nichtreife vorliegt, der behauptete längere Umgang berücksichtigt werden.

Veranlassung zu Aufstellung dieser Thesis gab dem Gerichtshof die Erwägung, daß die meisten Kinder reif geboren werden, von der Geburt eines Kindes gewöhn-

licher Reife ausgegangen aber nicht der ganze Zeitraum vom 180. bis 300. Tage vor der Geburt als erheblich angesehen werden könne, und daher materiell oft großes Unrecht geschehe, wenn man einer Geschwängerten den Eid auferlege, daß sie von dem Geburtstag ihres Kindes rückwärts gerechnet den ganzen langen (!) Zeitraum vom 182. bis zum 300. Tage mit keinem andern Manne als dem von ihr belangten fleischlichen Umgang gehabt habe, wie auf der andern Seite wohl auch dem Manne Unrecht geschehen möge, wenn man für die Annahme seiner Vaterschaft die Thatsache eines Beischlafs innerhalb jenes langen Zeitraums genügend erachte. Allein die Vermuthung des römischen Rechts hat nicht bloß reife Kinder, sondern auch Frühgeburten im Auge und umfaßt daher den ganzen Zeitraum, innerhalb dessen überhaupt ein lebensfähiges Kind geboren werden kann, setzt somit den wohl in der Regel zutreffenden Fall voraus, daß über den Grad der Reife des Kindes nichts oder doch nichts Sicheres erhoben ist, und unter dieser Voraussetzung trifft das von dem Gerichtshof gegen die Anwendung der Vermuthung erhobene Bedenken nicht zu. Steht dagegen fest, daß ein Kind reif und ausgetragen zur Welt gekommen, so greift, wie gezeigt, auch nach der Thesis des Obertribunals die Vermuthung nicht bezüglich des ganzen Zeitraums Platz. Die Thesis des Gerichtshofs aber bietet für den Fall von Frühgeburten gar keinen Anhaltspunkt, und gibt Alles der individuellen Beurtheilung Preis. Selbst aber auch für den von dem Gerichtshof als Regel unterstellten Fall der Geburt eines reifen Kindes lassen sich gegen die von dem Gerichtshof aufgestellten engen Grenzen, an der Hand des der Thesis des Gerichtshofs zu Grund liegenden Gutachtens des Medizinalkollegiums selbst, Bedenken erheben. Denn dieses Gutachten hat ausgesprochenermaßen nur die häufigeren Fälle im Auge und spricht nur aus, daß bei einem Kind gewöhnlicher Reife in der Mehrzahl der Fälle die Zeugung ungefähr zwischen

den 250. und 300. Tag fallen werde, gibt aber das Vorkommen größerer Anomalien zu. Es ist somit nach dem Gutachten nicht ausgeschlossen, daß auch kürzer als 250 Tage getragene Kinder unter Umständen reif zur Welt kommen können, wie denn auch in dem oben angeführten neueren Gutachten des K. Mededizinalkollegiums vom 1. November 1855 als kürzeste Schwangerschaftsdauer eines reif geborenen Kindes ein Zeitraum von nur 242 Tagen bezeichnet worden ist. Können aber hienach reife Kinder, wenn auch nur ausnahmsweise, vor dem 250. Tage geboren werden, so erscheint es nicht gerechtfertigt, die Grenze der Schwangerschaftsdauer bei reifen Kindern so eng zu stecken, wie von dem Gerichtshof geschehen ist.

Das Bedenklichste der Thesis des Gerichtshofs ist jedoch der Punkt 2, welcher die Aufstellung einer rein willkührlichen Präsumtion der Reife enthält. Schon das von dem Gerichtshof eingeholte Gutachten des Medicinalkollegiums hätte denselben auf das Gewagte der von ihm aufgestellten Vermuthung aufmerksam machen sollen. Denn der von dem Gerichtshof in seiner Note an das K. Medicinalkollegium aufgestellten Annahme, daß das gesunde Gedeihen und die Erhaltung des Kindes und der Mangel einer Bemerkung über Vorhandenseyn von Zeichen der Unreife den gewöhnlichen Reifegrad voraussetzen lassen werden, wurde von dem Medicinalkollegium entgegengehalten, daß hiemit eine bedeutende Breite gegeben wäre, da auch früh geborene Kinder, welchen die Zeichen der Reife wenigstens theilweise mangeln, relativ gesund seyn und gedeihen können, das Zutreffen oder der Mangel einer Bemerkung über das Vorhandenseyn von Zeichen der Unreife aber in der Regel in solchen Fällen von der größeren oder geringeren Aufmerksamkeit oder dem guten Willen einer Hebamme abhängen werde und nur ein geübter Blick über den Werth der vorhandenen Merkmale entscheiden könne.[26] Eine Vermuthung für den gewöhnlichen

[26] Als Hauptzeichen der Reife — ist in dem Gutachten des Medicinalkollegiums weiter gesagt — wurden immer angesehen ein

Reifegrad eines Kindes gibt es, wie auch das Ober=
tribunal in der am 21. Januar 1859 entsch. Rt. S. W.

---

gewisses durchschnittliches Längenmaß und Gewicht des kindlichen Körpers, das Maß des Kopf=Durchmessers und der Grad der Verengerung der Fontanellen, das Verhältniß der Größe des Kopfes zum übrigen Körper, ein gewisser Grad von Festigkeit der Hautbedeckungen der Fingernägel und Ohrknorpel, die weißröthliche Farbe der Haut, die Entfernung des Wollhaars und der Grad der Entwicklung der Kopfhaare, bei männlichen Kindern das Herabgestiegenseyn der Hoden in den Hodensack, bei weiblichen die gegenseitige Annäherung der großen Schamlippen, endlich der Anhaftungspunkt der Nabelschnur, relativ zu dem Längedurchmesser des Körpers; sodann eine gewisse Energie in den physiologischen Funktionen des Athmens, des Schreiens, des Ergeifens der Brustwarze und des Saugens und ein regelmäßiger Wechsel zwischen Schlaf und Wachen. Einzeln können alle diese Merkmale nicht zutreffen oder nur in einem Zweifel nicht ausschließenden Grade vorhanden seyn; es muß daher das Zusammentreffen aller oder wenigstens der meisten verlangt werden, und über den Werth der Gradationen kann nur ein geübter Blick entscheiden. Es war immer üblich, die Zeichen der fortschreitenden Reife nach Monaten anzugeben; es ist aber von selbst einleuchtend, daß diese Entwicklung keine Sprünge macht, sondern stetig und ununterbrochen fortschreitet, daher die Schwierigkeit, genau dem Tage nach den Zeitpunkt zu bestimmen, in welchem die Reife ihre Vollendung erreicht hat 2c. Hiezu kommt aber noch ein anderer Umstand. Gleichwie die späteren Entwicklungsperioden des Organismus, wie Dentition, Pubertät u. s. w., zwar durchschnittlich eine gewisse Zeit einhalten, bei einzelnen Individuen aber für diese Perioden eine nicht unbeträchtliche Breite gegeben ist, so daß die Entwicklung bald rascher, bald langsamer vorschreitet, so findet dasselbe Verhältniß, wenn auch in etwas geringerer Breite, bei der Entwicklung der menschlichen Frucht im Mutterleibe Statt, so daß ein Anfangs oder in der Mitte des 10. Mondsmonats geborenes Kind denselben oder selbst einen höheren Grad von Reife erlangt haben kann, als ein Kind, das am 280. Tag oder noch später geboren wird. Es hängt dieß theils von der mehr oder weniger vollkommenen Ernährung der Frucht, theils von einer in ihren Ursachen nicht näher bekannten individuellen Verschiedenheit des Bildungstriebs ab, theils scheint diese Verschiedenheit in der Entwicklung nach neueren, besonders von Cederschjöld gemachten Beobachtungen mit dem Menstruations=

g. D. ausgesprochen hat, nicht, da im concreten Falle mit keinerlei Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, daß ein Kind,

---

typus der Frauen zusammenzuhängen. Es ist nämlich, ohne uns in den durch die Entdeckungen und Arbeiten von Mongomery, Bischoff, Racikorsky und A. angeregten physiologischen Streitpunkt, ob der Anfang der Schwangerschaft von dem mit jeder Menstruation erfolgenden Austritt des Ei's aus dem Eierstock oder von seiner Befruchtung durch den männlichen Samen an, welche mehrere Tage später erfolgen kann, zu datiren sey, einzulassen, jedenfalls ein ziemlich allgemein als richtig angenommener Satz, daß die Geburt in der Regel an dem Tage erfolge, an welchem die Menstruation zum zehnten Male wiederkehren sollte, was nach dem am häufigsten vorkommenden 28tägigen Menstruationstypus der 280. Tag ist. Nun sind aber die Fälle nicht so selten, in welchen die Menstruation einen Typus von 25, 26 und 27, oder aber von 29 und 30 Tagen einhält. Größere Anomalien kommen nicht in Betracht, da sich die Frage des Gerichtshofs auf die häufigeren Fälle beschränkt. Jenen Beobachtungen zu Folge würde nun, abgesehen von den in den einzelnen Menstruationsperioden vorkommenden Schwankungen, eine Frau mit 25tägigem Menstruations-Typus am 250. Tag, Frauen mit 26tägigem Typus am 260., mit 27tägigem am 270., mit 29tägigem am 290., und endlich mit 30tägigem Menstruationstypus am 300. Tage gebären, und innerhalb dieser Breite würden die Kinder denselben Reifegrad zeigen 2c. 2c. Muß auch zugegeben werden, daß diese Ansicht der Bestätigung durch vielfach wiederholte Beobachtungen, deren Schwierigkeit einleuchtend ist, bedarf, so fällt andererseits der Zeitpunkt, von welchem an die verschiedenen Reifegrade des Kindes nicht mehr auf eine für die richterliche Entscheidung brauchbare Weise unterschieden werden können, ungefähr mit dem Zeitpunkt der bei einem 25tägigen Menstruationstypus wahrscheinlicherweise erfolgenden Geburt zusammen, nämlich auf den 250. Tag. Ferner sind die nach den Angaben zuverläßiger neuerer Beobachter gar nicht selten sich ereignenden Geburten, die am 300. Tag erfolgen, und also dem 30tägigen Typus entsprechen, zu berücksichtigen.

Auf den Grund dieser Ausführung wurde von dem K. Medicinalkollegium sich dahin ausgesprochen, daß rückwärts von der Geburt an gerechnet, bei einem Kind gewöhnlicher Reife in der Mehrzahl der Fälle die Zeugung zwischen dem 250. und 300. Tage erfolgt seye, beziehungsweise der befruchtende Beischlaf in dieser Zeit Statt gefunden haben werde.

dessen Beschaffenheit zur Zeit der Geburt man nicht kennt, ein reifes gewesen. Es wird lediglich darauf ankommen, wer die Reife oder Unreife eines Kindes im einzelnen Falle zu behaupten und zu beweisen hat; voraussetzen läßt sich weder das eine noch das andere. Nach der Thesis des Gerichtshofs Nr. 3 soll es zu dem Klagegrund gehören, den dem angeblichen Zeitpunkt der Zeugung entsprechenden Reifegrad darzuthun. Dieß wäre richtig, wenn die gesetzliche Vermuthung nicht anwendbar wäre, denn die Klägerin muß beweisen, daß das Kind aus dem behaupteten Beischlaf entstanden ist. Das Gesetz präsumirt dieß, wenn nur der Beischlaf in den kritischen Zeitraum fällt. Hält man aber diese Präsumtion nicht für anwendbar, so verliert man jeden Boden. Denn selbst wenn ein dem Zeitpunkte des Beischlafs entsprechender Reifegrad des Kindes zur Zeit seiner Geburt erwiesen werden kann, so ist damit die Zeugung noch nicht dargethan, es wäre denn zugestanden oder erwiesen, daß der Beklagte einziger Zuhälter der Mutter des Kindes in der kritischen Zeit gewesen. Würde aber der Beklagte dieß auch nur mit Nichtwissen beantworten, so wäre durch den Beweis des Beischlafs des Beklagten in der kritischen Zeit eine genügende Grundlage für den Schluß auf die Zeugung nicht erbracht, wenn nicht insoweit auf die dafür sprechende gesetzliche Vermuthung zurückgegriffen wird. Selbst bei der Thesis des Gerichtshofs ist daher die Vermuthung des röm. Rechts unentbehrlich. Es hat aber der Gerichtshof, indem er dieselbe auf einen kleineren Zeitraum beschränkte, sich genöthigt gesehen, neben derselben willkührlich eine weitere Vermuthung für die Reife aufzustellen, und hierin liegt der Beweis für die Haltlosigkeit der ganzen Thesis. Eine Vermuthung kann die Stelle des wirklichen Beweises nur vertreten, wo dieß in den Gesetzen ausgesprochen ist; ohne einen solchen gesetzlichen Ausspruch ist der Richter nicht befugt, Thatsachen willkührlich vorauszusetzen und Vermuthungen die Stelle des Beweises vertreten zu lassen. Wenn daher mit dem Gerichtshof die Vermuthung des röm. Rechts, — wonach

ohne Rücksicht auf den Reifegrad des Kindes die Vaterschaft als erwiesen anzunehmen ist, wenn der Beischlaf nur an irgend einem Tage des kritischen Zeitraums stattgefunden hat, — nicht zur Anwendung gebracht und auf den Reifegrad gesehen werden wollte, so müßte in jedem einzelnen Fall Untersuchung hierüber gepflogen werden, und selbst diese Untersuchung würde wohl häufig nicht zum Ziele führen, da in vielen Fällen über Reife oder Unreife mit Sicherheit nichts zu erheben seyn wird. In diesen Fällen wäre man aber bei der Thesis des Gerichtshofs von allen Anhaltspunkten verlassen.

Es wird daher für die Gerichte aller Grund vorliegen, an der Thesis des Obertribunals, wie sie auch von den Gerichtshöfen zu Ellwangen, Tübingen und Ulm angenommen, und von dem Gerichtshofe zu Eßlingen bis zum Jahr 1853 befolgt worden ist, festzuhalten, und es steht zu hoffen, daß schon die Rücksicht auf die Gleichförmigkeit der Rechtspflege auch den Gerichtshof zu Eßlingen bewegen wird, zu seiner früheren Thesis zurückzukehren.

Das Obertribunal hat sich in Uebereinstimmung mit obiger Ausführung in der am 13. Juni 1856 entsch. Al. Sache O. g. K. und in der am 21. Januar 1859 entsch. Al. S. W. g. D. gegen die neuere Thesis des Gerichtshofs zu Eßlingen ausgesprochen.

---

4) Von der Befugniß der Personen bürgerlichen Standes zur Errichtung dauernder Familienfideikommisse.

(Ein Gutachten des K. Obertribunals.)

Die Frage von der Befugniß der Personen bürgerlichen Standes zur Errichtung dauernder Familienfideikommisse kam bei dem K. Obertribunal am 6. Febr. 1857 zur gutächtlichen Berathung und es soll in Folgendem der von dem Obertribunalreferenten hierüber erstattete Vortrag, sowie der auf dessen Grund von dem Obertribunal

an das K. Justizministerium erstattete Bericht mitgetheilt werden. Veranlaßt wurde die Erstattung des Gutachtens durch die von der K. württ. Regierung beabsichtigte Aenderung einiger Bestimmungen der Verfassung über die erste Kammer der Ständeversammlung. Während nämlich nach §. 130 der Verfassungsurkunde vom 25. September 1819 zu erblichen Mitgliedern der Kammer der Standesherren nur Gutsbesitzer aus dem standesherrlichen oder ritterschaftlichen Adel von dem König ernannt werden können, beabsichtigt ein, mit der projektirten Uebereinkunft zwischen der K. württ. Regierung und den Standesherren im Zusammenhang stehender, Gesetzesentwurf vom Jahr 1857, betreffend die Revision mehrerer Verfassungsbestimmungen über die erste Kammer der Ständeversammlung, dem König die Befugniß einzuräumen, auch solche Gutsbesitzer zu erblichen Mitgliedern der ersten Kammer zu ernennen, welche nicht zu dem standesherrlichen oder ritterschaftlichen Adel gehören, sobald bei denselben die sonstigen, im §. 130 der Verfassungsurkunde genannten Voraussetzungen zutreffen. Diese Voraussetzungen sind aber, daß die betreffenden Gutsbesitzer von einem mit Fideikommiß belegten, nach dem Rechte der Erstgeburt sich vererbenden Grundvermögen im Königreiche, nach Abzug der Zinsen aus den darauf haftenden Schulden, eine jährliche Rente von sechstausend Gulden beziehen. Es entstand daher die Frage, ob zur Realisirung der projektirten Verfassungsänderung eine besondere gesetzliche Bestimmung über die Zuläßigkeit der Errichtung von bürgerlichen Fideikommissen erforderlich sey, oder ob die Errichtung solcher Fideikommisse schon nach der bestehenden Gesetzgebung als zuläßig erscheine. Dieß gab dem K. Justizministerinm Anlaß, am 8. Januar 1857 das K. Obertribunal zur gutächtlichen Aeußerung darüber aufzufordern, ob und bejahenden Falls unter welchen Bedingungen nach heutigem württ. Recht den Personen bürgerlichen Standes gestattet sey, dauernde, d. h. nicht

auf eine bestimmte Anzahl von Generationen beschränkte Familienfideikommisse im eigentlichen Sinn des Worts (im Gegensatz gegen die zu Erfüllung bestimmter Zwecke dienenden Familienstiftungen),[1] zu errichten, insbesondere im Fall der Bejahung dieser Frage — ob sie solche Familienfideikommisse bloß durch Verfügungen auf den Todesfall oder auch durch Verfügungen unter Lebenden, gleich dem mit dem Rechte der Autonomie ausgestatteten Adel, errichten können, und ob landesherrliche Genehmigung erforderlich, beziehungsweise zur Erreichung des Zwecks dienlich sey?

Am 6. Februar 1857 kam diese Frage bei dem Obertribunal in voller Versammlung des Civilsenats zur Berathung, wobei von dem Referenten des Obertribunals[2] folgender Vortrag[3] erstattet wurde:

Vortrag des Obertribunalreferenten.

I. Nach dem Pandektenrechte war die Dauer eines Familienfideikommisses auf eine bestimmte Zahl von Generationen nicht beschränkt, und es hieng ganz von der Verordnung des Testirers ab, wie in das Fideikommiß succedirt werden sollte, insoweit er die Ansprüche der Notherben auf einen Pflichttheil unverletzt ließ, was auch aus dem in der Nov. 159 vorgetragenen Rechtsfalle ersichtlich ist, wo es sich von einem auf keine bestimmte Zahl von Generationen beschränkten Familienfideikommiß handelt.[5]

Der Fall, welcher die famose Entscheidung Justinians

---

[1] Zu vergl. Ministerialverfügung vom 15. Juni 1839, Reg.-Blatt S. 426 ff.

[2] Referent des Obertribunals war Herr Obertribunalrath v. Neidhardt.

[3] Die mit F. bezeichneten Noten enthalten beigefügte Bemerkungen des Justizministerialreferenten Herrn Obertribunalraths Faber.

[4] l. 32. §. 6. l. 69. §. 3. de leg. II. (31,2).

[5] Roßhirt, gemeines deutsches Civilrecht, Th. 3. §. 681.

in der Nov. 159 veranlaßte, war folgender: ein Testament ist vorhanden, und ein Codicill; Grundstücke werden dem Sohne, und im Codicill dieselben Grundstücke dem Enkel, beiden mit der Bestimmung gegeben, sie bei der Familie zu erhalten; der Enkel hinterläßt sie seinem Sohn, dieser seiner Mutter und schwangern Frau, wenn die letztere nicht ein Kind bekommen oder wenn dieses in der Impubertät versterben sollte. Nun wird gefragt, ob, da die wirklich geborene Tochter in der Impubertät starb, die Güter der Mutter und der Frau zufallen, oder bei den Söhnen des Fideikommißanordners bleiben sollen. Der Kaiser hebt interpretirend allerlei aus dem Willen des Fideikommißanordners hervor, am Ende aber bestimmt er nicht nur für diesen Fall, sondern überhaupt, daß die Fideikommiß-Eigenschaft als erloschen angesehen werden solle, wenn schon vier Generationen den Genuß gehabt hätten, wobei er wieder einen Blick auf den konkreten Fall wirft, indem die Repräsentantin der vierten Generation unmündig gestorben sey.

Cap. II. etc. tamen, quod quatuor jam generationes praeteriisse viderentur, haud sustineremus, tam obsoletam causam denuo tradi judiciis, ut maxime cum Constantis filia in pupillari aetate vitam finierit.

Cap. III. Atque haec non tantum praesentis causae decisio esto, sed et reliquarum, in quibus hujus modi prohibitione facta, tot successiones praeterierint, et ultimus heredum per intervenientem aliquem in medio impuberem hereditatem capessat.

Die Nov. 159 ist glossirt, es bemerkt aber über sie Wächter,[6] ihre Giltigkeit sey sehr zweifelhaft, denn obwohl sie glossirt sey, sagen doch Accursius und andere Glossatoren von ihr: hanc non lego.

Allein dieß steht der gesetzlichen Giltigkeit derselben

---

[6] Geschichte und Quellen des Württ. Privatrechts, Th. 1. S. 1090, Note 9.

für Deutschland nicht im Wege, da nicht die Lehrmeinung der Glossatoren über eine Gesetzesstelle, sondern das als römisches Recht in Deutschland rezipirt ist und gilt, was glossirt ist.[7] Von den Schriftstellern wird daher auch nirgend bestritten, daß die Nov. 159 unter dem in Deutschland rezipirten Rechte begriffen sey, wohl aber beschäftigen sie sich mit der Auslegung derselben, worüber von Knipschildt[8] eine bunte Karte von Meinungen vorgetragen wird. Die hauptsächlichsten Schriftsteller sind wohl folgende:

1) Cujacius[9] und nach ihm eine bedeutende Zahl von Schriftstellern, welche Pfeiffer[10] anführt, — unter den ältern Knipschildt, unter den neueren Mühlenbruch,[11] Mackeldey, Hugo, welchen noch Puchta[12] und Arndts[13] beigefügt werden können, — nehmen an, daß die Entscheidung in der Nov. 159 auf den Fall zu beschränken sey, wenn der in der vierten Generation stehende Fideikommißerbe ein Unwürdiger sey und von diesem das Fideikommißvermögen auf einen Fremden übergehen würde;[14]

---

[7] Savigny, System des heutigen röm. Rechts, Bd. 1. S. 66 ꝛc., besonders Note e. Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht B. 1. S. 13, besonders Note 17.

[8] Tract. de fideicommissis cap. IX. §. 98. sq.

[9] Expositio Novellarum N. 159.

[10] Praktische Ausführungen Bd. 3. S. 60.

[11] Mühlenbruch ist in seinem Lehrbuch des Pandektenrechts (3. Auflage) Bd. 3. §. 736 vielmehr für die im Nachfolgenden unter Ziffer 4 aufgeführte Ansicht. (F.)

[12] Pandekten, 6. Aufl. §. 527. Note 6.

[13] Pandekten, §. 559, Note 3.

[14] Diese Auslegung billigt auch Karl Georg v. Wächter in seinen ungedruckten Pandektenvorlesungen (abgesehen von dem Zweifel, den er gegen die Rezeption der Nov. 159 erhebt, s. oben Note 6). In den noch ungedruckten Vorlesungen über württ. Privatrecht bemerkt Wächter, daß die deutschrechtlichen Familienfideikommisse und Stammgüter sich nur als ein besonderes Adelsrecht erhalten haben. (F.)

si extraneus exstiterit heres per medium impuberem, ut mater per abnepotem in pupillari aetate decedentem in proposita specie etc.

2) Andere, wie Voët[15] und Hofacker,[16] lassen die Novelle nur für den Fall gelten, wenn nicht ein entgegengesetzter Wille des Erblassers erhelle.

3) Wieder Andere, wie z. B. Thibaut,[17] nehmen an, daß die Vorschrift des römischen Rechts zwar bestehe, aber nicht mehr beachtet werde; während

4) eine vierte Klasse von Schriftstellern die Vorschrift der Novelle einfach als eine jetzt noch geltende Rechtsregel anführen. Zu diesen gehören Seuffert,[18] welcher aber in der neuesten Ausgabe seines Lehrbuchs der unten zu erwähnenden Ansicht Pfeiffer's beigetreten ist; ferner Burchardi,[19] Wening-Ingenheim,[20] ebenso Mühlenbruch[21] und Vangerow.[22] Burchardi beruft sich für den angeführten Satz einfach auf die Nov. 159, ohne der Dissentienten zu erwähnen.

Gegen die unter Ziffer 1 und 2 angeführten Ansichten ist die Ausführung von Pfeiffer[23] gerichtet, welcher übrigens selbst wieder einlenkt, indem er sagt: „ohne Zweifel haben diejenigen Rechtsgelehrten mehr für sich, welche den Ausnahmsfall von der Nov. 159 alsdann an-

---

[15] Comm. ad Pand. tom. V. lib. 36. tit. 1. §. 33.

[16] Princ. tom. II. §. 1535.

[17] Pandektenrecht, 8. Ausgabe, §. 923. Ebenso die in der Note 25—33 angeführten Schriftsteller.

[18] Lehrb. des prakt. Pandektenrechts Bd. 3. §. 606. (Ausg. von 1825.)

[19] Das System und die innere Geschichte des röm. Rechts §. 372, S. 1214.

[20] Lehrb. des gem. Civilrechts, Bd. 3, §. 467.

[21] Pandektenrecht, 3. Aufl., Bd. 3, §. 736.

[22] In seinen ungedruckten Pandektenvorlesungen (der im Druck erschienene Leitfaden des Pandektenrechts spricht sich über die Frage nicht aus). (F.)

[23] Praktische Ausführungen, Bd. 3, S. 54—68.

nehmen, wenn der Testirer verfügt habe, daß das Testament ewig dauern solle, indem hiedurch jede Beschränkung durch den Zeitablauf nach der Absicht des Verfügenden unzweideutig ausgeschlossen werde und die Vorschrift der Novelle nicht von so prohibitiver Beschaffenheit sey, daß nicht derselben durch den Willen der Privaten derogirt werden könnte; allein eben wegen der in dem Falle der Novelle vorausgesetzten, die beständige Dauer des Fideikommisses so bestimmt verordnenden testamentarischen Disposition, welcher ungeachtet für die Beendigung nach vier Generationen entschieden worden, sey es wohl dem strengen Rechte entsprechender, anzunehmen, daß nur durch eine unmittelbar gegen die Anwendung der gesetzlichen Vorschrift gerichtete Willenserklärung dieselbe für ausgeschlossen zu halten sey."

Wenn aber die Gründe, welche Pfeiffer gegen die unter Ziffer 1 und 2 angeführten Meinungen geltend macht, daß nämlich ungeachtet des in dem gegebenen Falle für alle Generationen so bestimmt verordneten Fideikommisses [24] doch nach der in diesem Falle und für alle künftigen Fälle gegebenen Entscheidung das Fideikommiß nach vier Generationen erlöschen soll, richtig sind, so lassen sie sich mit gleicher Stärke auch gegen die von Pfeiffer zugegebene Ausnahme vorbringen. Setzt doch dieser den Nerv seiner Ansicht in den bestimmt ausgesprochenen Willen des Testirers; soll aber dieser entscheidend seyn, so

---

[24] Wie denn auch die Worte der Nov.: „propterea quod hoc ipsum suburbium etc. per omnia et perpetuo velim permanere in familia mea, neque unquam de meo nomine egredi etc. ne unquam de familia mea meoque nomine abalienentur" nicht anders zu verstehen sind, und von Sintenis in seiner Uebersetzung des corpus jur. civ. Bd. 7 S. 745 dahin wiedergegeben werden: „daß dieses vorstädtische Grundstück immerfort und ewig bei meiner Familie bleiben und niemals von meinem Namen abkommen soll 2c."

ist, wenn einmal der Testirer seinen Willen, daß das Fideikommiß bis zum Erlöschen seiner Familie fortbestehen soll, ganz bestimmt ausgesprochen hat, nicht einzusehen, welchen Unterschied es begründen könnte, ob derselbe hiebei der gesetzlichen Vorschrift Erwähnung gethan habe oder nicht.

Für die unter Ziffer 3 angeführte Ansicht, daß die Vorschrift des römischen Rechts nicht mehr beachtet werde, haben sich ausgesprochen: Schmidt,[25] Thibaut[26] und Schweppe,[27] welcher bemerkt, daß in Deutschland eine der Vorschrift der Novelle entgegengesetzte Praxis gelte. Ebenso sagen Roßhirt[28] und Sintenis,[29] die meisten älteren Praktiker behaupten, daß die Novelle nicht im Gebrauch sey.

Nicht ohne Interesse ist sodann auch, daß der älteste Kommentator des württ. Landrechts, Plebst,[30] derselben Ansicht ist. Ebenso Lauterbach,[31] Malblanc[32] und Weishaar,[33] welch' letzterer sagt, daß nach dem württ. Landrecht, wie nach dem heutigen Gebrauche des römischen Rechts die Freiheit, zu fideikommittiren, und

---

[25] Lehrbuch von gerichtl. Klagen, Bd. 3 S. 585.

[26] Pand. Th. 2. §. 922.

[27] Das röm. Privatrecht, Bd. 5, §. 919, S. 358, Note 6.

[28] Die Lehre von den Vermächtnissen, Th. 1. §. 5, S. 153, 154.

[29] Das prak. gem. Civilrecht, Bd. 3, §. 209, S. 717, Note 37.

[30] Disput. ad jus Württemberg. Disp. III. de hered. fideicommiss. ad tit. XIII. §. 187. „Porro testator substituens familiam seu genus, tam masculos, quam feminas, substituens stirpem vel lineam descendentes tantum, substituens domum seu consortes, omnes agnatos, substituens descendentes, omnes in infinitum vocasse consetur." §. 196. „Fideicommissariae substitutionis effectus est, quod heres bona restitutioni subjecta alienare nequeat; cujusmodi alienationis interdictio etiam ultra quartum gradum extenditur."

[31] Coll. ad lib. 36. tit. 1. §. 14.

[32] Princ. t. III. §. 764 p. 989.

[33] Handb. des württ. Privatrechts, Th. 1, §. 30.

zwar ohne Beschränkung auf einen Verwandtschaftsgrad, stattfinde. Pfeiffer[34] erwähnt auch eines von dem Reichskammergericht im Jahr 1801 entschiedenen Rechtsfalls, wo bei dem Vortrage des Referenten die unter Ziffer 2 oben bemerkte Ansicht zu Grunde gelegt worden sey.

Die Tübinger Consilien enthalten eine ganze Reihe von Entscheidungen über Streitfragen, die bei adelichen Familienfideikommissen, welche theilweise die kaiserliche Bestätigung erhalten hatten, entstanden waren; Entscheidungen, welche ebendeßhalb für unsere Frage nicht von Bedeutung sind, da man darüber allgemein einverstanden ist, daß die römische Bestimmung auf adeliche Familienfideikommisse, welche zu Erhaltung des Namens und Stamms gestiftet sind, keine Anwendung leide. Dagegen findet sich doch in dieser Konsiliensammlung eine Entscheidung über ein von einem Handelsmann Schwan in Urach zum Besten der männlichen Nachkommen seines Bruders gestiftetes beständiges Familienfideikommiß, welches verornet, daß sein Haus, Garten nebst Schwanensee als ein unveräußerliches Familienfideikommiß zum Besten der männlichen Nachkommen seines Bruders, so lange noch ein solcher vorhanden seyn werde, bestehen soll. Der Streit, welcher sich schon in der zweiten Generation darüber erhob, ob der ältere Bruder mit Ausschluß des jüngeren in das Fideikommiß succedire, betraf zwar nicht die Frage über die Anwendung der Vorschrift der Nov. 159, aber man darf wohl sagen, daß auf jeder Seite die Ansicht der Juristenfakultät herauszulesen ist, daß bürgerliche Fideikommisse ohne Beschränkung auf eine bestimmte Zahl von Generationen gültig errichtet werden können.[35]

Bei Vergleichung aller dieser verschiedenen Ansichten

---

[34] a. a. O. S. 68.

[35] Cons. Tub. tom. I. cons. 92. Ebenso scheint es sich in dem Cons. tom. III. cons. 23 von einem bürgerlichen fideicomm. familiae perpetuum zu handeln. (Dieser Fall ist aus Erfurt.)

der Rechtslehrer findet man, daß in der praktischen Wirkung, ein paar vereinzelte Stimmen ausgenommen, alle darauf hinauslaufen, daß die Vorschrift der Nov. 159 auf Familienfideikommisse keine Anwendung finden solle.

In der That, wenn man, abgesehen von dem Zweifel, ob sie als rezipirtes Recht gelte, auf die Menge von verschiedenen Auslegungen hinblickt, welche der zweifelhafte Inhalt der Novelle hervorgerufen hat, so findet man sich zu der Ansicht von Sintenis[36] und Roßhirt[37] hingezogen, daß schon in Betracht der nicht mit Sicherheit zu lösenden Zweifel bei der Interpretation derselben es unmöglich sey, einen praktischen Rechtssatz darauf zu bauen, zumal da nach dem Pandektenrecht und nach der Natur des Rechtsverhältnisses Familienfideikommisse ohne Beschränkung auf Generationen und Zeitdauer errichtet werdeh können.

II. Von den Germanisten sprechen sich Eichhorn,[38] Mittermaier,[39] Philipps[40] und Gerber[41] dahin aus, daß wo nicht besondere Landesgesetze dagegen seyen, Nichtadeliche Familien=Fideikommisse errichten können, und das preuß. Landrecht Th. II. tit. 4, §. 47 verordnet: „Jedem Einwohner des Staates ist es erlaubt, fideikommissarische Substitutionen zu errichten". [42] Dieser Ansicht ist auch schon

---

[36] a. a. O. Bd. 3, S. 717, Note 37.

[37] Die Lehre von den Vermächtnissen, Bd. 1, S. 154.

[38] Einl. in das deutsche Privatrecht §. 368. II.

[39] Grundsätze des gem. d. Privatrechts Bd. 1, §. 158, III, welcher übrigens bemerkt, daß sich das deutschrechtliche Fideikommiß von dem röm. Fideicommissum perpetuum unterscheide, welches nur vier Geschlechter hindurch daure und nach dem Erlöschen derselben frei veräußert werde.

[40] Grundſ. des gem. deutsch. Privatrechts Bd. 2, S. 196.

[41] System des deutsch. Privatrechts §. 84, und Beiträge zur Lehre von dem deutschen Familienfideikommiß in den Jahrbüchern für Dogmatik des heut. röm. u. deutsch. Privatrechts 1 Bd. 1. H. Abhdlg. 2, §. 6, S. 93 und 94.

[42] Vergleiche jedoch §. 48 und Th. 1, tit. 12, §. 55.

Knipschildt;[43] nur hält er die Primogenitur-Erbfolge für ein Adelsvorrecht.[44] Ebenso sagt Kreitmayr[45]: „bei unadelichen Personen seynd zwar die Geschlechts-Fideikommisse nicht üblich, wann aber demungeachtet ein solches Fideicommiß vorkommt, so kann man es deßwegen, weil ein Unadelicher davon Urheber ist, nicht vor unkräftig ansehen, sondern es gilt wie ein anderes." Derselben Ansicht ist Kephalides.[46] Dagegen läßt Maurenbrecher[47] und das bayerische Edikt über die Familienfideikommisse vom 26. Mai 1818, §. 1 (Beil. VII zur bayerischen Verfassungs-Urkunde) die Errichtung von Familienfideikommissen nur als Vorrecht des Adels gelten.[48]

Sodann herrschen unter den Germanisten wieder darüber verschiedene Meinungen ob die Befugniß der Errichtung eines Familienfideikommisses von der Voraussetzung eines ausdrücklich gestattenden Partikulargesetzes abhängig sey oder nicht, und ob zu ihrer Giltigkeit landesherrliche oder gerichtliche Bestätigung nöthig sey oder nicht. Gerber,[49] Mittermaier[50] und Eichhorn,[51] sowie das ange-

---

[43] cap. III §. 32.

[44] l. c. §. 34.

[45] Anmerkgn. über den Codex maximil. bavar. civ. Th. 3. cap. 10, §. 5.

[46] Ueber die Verbindlichkeit der Veräußerung von Familienfideikommissen für die nach derselben geborenen Kinder, in Barths Dissertationen-Sammlung Bd. 4, Diss. 53, §. 8.

[47] Lehrb. des gem. deutschen Privatrechts Th. 1, §. 193.

[48] Ebenso vergl. Badisches Landrecht Art. 577. c. d., Art. 1048, 1049, 1050. Anders das österreich. bürg. Gesetzbuch §. 627, das hannöverische Gesetz vom 13. April 1836, §. 39. vgl. mit §. 29 und 36, das braunschweigische Gesetz vom 28. März 1837, §. 24, die bayerischen Gesetzesentwürfe über Familienfideikommisse von 1851 und 1854 Art. 1. (F.)

[49] in der cit. Zeitschrift S. 84.

[50] a. a. O. §. 158 II.

[51] a. a. O. §. 368. 2. note p.

führte bayerische Edikt von 1818 und das österreichische Gesetzbuch verlangen landesherrliche Bestätigung.[52]

III. Das württembergische Landrecht enthält über die vorliegende Frage keine ausdrückliche Bestimmung.[53] Von Bedeutung aber ist die Normalverordnung vom 22. April 1808 für dieselbe, wonach: „die in dem Landrechte enthaltenen Bestimmungen der Erbfolge auch für alle der Souveränität Württembergs unterworfenen Fürsten, Grafen und Rittergutsbesitzer die einzige verbindliche Rechtsnorm seyn

---

[52] Das preußische Landrecht Th. II. Tit. 4. §. 62 und §. 29 ff. verlangt nur richterliche Bestätigung, ebenso die, Note 48 angeführten bayerischen Gesetzesentwürfe von 1851 und 1854 Art. 6. Das hannöverische und braunschweigische Gesetz a. a. O. fordern landesherrliche Bestätigung, das badische Landrecht a. a. O. „Staatsbewilligung". (F.)

[53] Uebrigens ist in der Relation des herzogl. Oberraths Dr. Eisengrein zu der Landrechtsstelle III. tit. 25. §. 6. (wo als ein Fall der Unstatthaftigkeit des Abzugs der Falcidia der angeführt ist, wenn ein liegend Gut dergestalt legirt werde, daß selbiges durch den legatarium nicht alienirt oder veräußert werden, sondern bei ihm und seinen Erben verbleiben solle) auf die Nov. 119 cap. ult. (cap 11) verwiesen, wo es heißt: „si quando autem aliquis testamentum faciat, et aliquam rem immobilem suae familiae aut alteri cuiamque personae nomine legati reliquerit et specialiter dixerit, nullo tempore hanc rem alienari, sed aut apud heredes aut apud successores illius, cui relicta est, permanere, in hoc legato, jubemus Falcidiam legum locum penitus non habere quoniam alienationem ejus testator ipse prohibuit." Zu vergl. die Relation Eisengrein's im K. Staatsarchiv Bl. 275 (zu dem dortigen tit. XXXIV. de Falcidia). Die Nov. 159 läßt dagegen Eisengrein hier ganz unerwähnt.

Auch zu der Landrechtsstelle III. Tit. 13. §. 14. erwähnt Eisengrein die Nov. 159 nicht, obwohl er auch hier den Fall der prohibitio alienationis erörtert. Zu vergl. dessen Relation Bl. 137a, 137b, 138a (zu dem dortigen tit. XV. de Fideicommissis.)

Die Ansicht des Commentators Plebst siehe oben Note 30; ferner die Ansicht von Lauterbach, Malblanc, Weishaar, oben Note 31, 32, 33. Die Ansicht von Reyscher unten Note 57 und 62. (F.)

sollen, so daß alle bisherigen Rechtsgewohnheiten, testamentarische Verordnungen, Eheverträge und andere Familiengesetze, welche ein von den landrechtlichen Bestimmungen abweichendes Erbfolgerecht für einzelne Familien festgesetzt hatten, von nun an unkräftig seyn sollten.

Verschiedene Beschwerden und Anfragen in Betreff dieser Verordnung hatten ein sie erläuterndes Dekret des K. Staatsministerium vom 26. April 1812 zur Folge, worin gesagt wird: „Seine Königliche Majestät haben sich überzeugen müssen, daß der K. V. v. 22. April 1808 von mehreren Stellen nicht diejenige Ausdehnung gegeben werde, welche der auf Aufhebung aller Fideikommisse gerichteten und dem Gesetze zu Grund liegenden allerhöchsten Absicht entspreche, als nach welcher insbesondere auch sämmtlich ältere Fideikommisse, welche einen gegen die nach der gewöhnlichen Erbfolge gleich oder näher Anstehenden begünstigen oder welche dem weiblichen Geschlechte nicht gleiche Erbfolge mit dem männlichen gestatten, aufgehoben seyn sollen. Um daher alle Zweifel und Anstände für die Zukunft zu beseitigen und den Vollzug dieses Gesetzes nach seinem ganzen Umfang zu sichern, wollen Seine Königliche Majestät mittelst dieser jenes Gesetz erläuternden Normalverordnung bestimmt haben, daß durch solches allgemein alle adelichen Fideikommisse, sie rühren vom ehemals unmittelbaren oder mittelbaren Adel her, sie beruhen auf Familienherkommen oder auf Disposition der Verwandten in aufsteigender oder Seiten-Linie, aufgehoben seyn sollen."

Nach dem Gesetze vom 22. April 1808 (wornach alle Rechtsgewohnheiten, testamentarischen Verordnungen, Erbverträge und andere Familiengesetze, welche ein von den landrechtlichen Bestimmungen abweichendes Erbfolgerecht für einzelne Familien festgesetzt hatten, von nun an unkräftig seyn sollten) konnte man, da das Landrecht einem Testirer die Befugniß frei läßt, unter Beachtung der Ansprüche der Notherben auf Pflichttheil und der Descendenten ersten Grads

auf die trebellianische Quarte,[54] im Uebrigen eine von der landrechtlichen Intestaterbfolge abweichende Successionsart in das Fideikommiß anzuordnen, immer noch der Ansicht seyn, daß in so weit derlei adeliche Fideikommisse fortwährend bei Kräften bleiben. Diese Ansicht ist auch in den Entscheidungsgründen zu dem Erkenntnisse des Obertribunals in S. P. g. Pl. vom 6. März 1817 ausgesprochen:

„Das Reskript vom Jahr 1808", heißt es in denselben, „habe die Familienverträge des Adels nur in so fern für die Zukunft als kraftlos erklärt, als durch sie bisher eine von den landrechtlichen Bestimmungen abweichende Erbfolgeart festgesetzt worden sey; es habe dabei ausdrücklich verordnet, für die Zukunft alle Successionsfälle, sie treten ab intestato, durch Testament oder Verträge ein, genau nach Vorschrift des württembergischen Landrechts zu behandeln; dem vorliegenden Erbvertrag (er verordnet eine Succession blos im Mannsstamm mit Ausschluß der Töchter) stehe aber das Landrecht, das successionem pactitiam zulasse, nicht entgegen."

Allein nach der dieses Gesetz erläuternden Normalverordnung vom 26. April 1812 mußte man diese Meinung aufgeben, da in derselben als die Absicht des Gesetzes von 1808 ausgesprochen wird, daß sämmtliche Fideikommisse, welche einen gegen die gewöhnliche Erbfolge gleich oder näher Anstehenden begünstigen oder welche dem weiblichen Geschlechte nicht gleiche Erbfolge mit dem männlichen gestatten, aufgehoben seyn sollen, und da sofort verordnet wird, daß allgemein alle adelichen Familienfideikommisse, (deren Charakter ja gerade darin besteht, daß das gestiftete Familiengut unveräußerlich in dem Mannsstamme bis zu dessen Ausgang zu Erhaltung des Familienglanzes sich vererbe,) aufgehoben seyn sollen, sie mögen auf Familienherkommen oder auf Dispositionen der Verwandten in aufsteigender oder der Seiten-Linie beruhen.

---

[54] Landrecht Th. 3. Tit. 13. §. 12. 13. 14. Weishaar a. a. O. Th. 2. §. 950.

Hienach konnte man darüber nicht mehr im Zweifel seyn, daß das Gesetz unter der gewöhnlichen Erbfolge die landrechtliche Intestaterbfolge verstehe und daß alle adelichen Familienfideikommisse, welche hievon abweichen, aufgehoben seyen. [55]

Hieraus ergibt sich aber auch, daß diejenigen Familienfideikommisse, in welchen eine mit der landrechtlichen-Intestaterbfolgeordnung übereinstimmende Successionsart bestand, nicht als aufgehoben anzusehen waren. Anderntheils konnte man die Frage aufwerfen, ob es wohl in der Absicht des Gesetzgebers liegen konnte, dem Bürger lichen das zu gestatten, was er dem Adel versagte, und ob daher nicht alle bürgerlichen Familienfideikommisse, welche eine von der landrechtlichen Intestaterbfolgeordnung abweichende Succession enthalten, für unkräftig gehalten werden müssen; eine Frage, für deren Bejahung die unten zur Sprache kommende Königl. Entschließung vom 19. Febr. 1814 zu sprechen scheint, in welcher sich der König vorbehielt, bei den vormals reichsfürstlichen und reichsgräflichen Familien auf deren besonderes Ansuchen, ausnahmsweise die Errichtung von Majoraten zu gestatten, wo hingegen es hinsichtlich der übrigen adelichen und andern Gutsbesitzer bei vorstehender allgemeiner Norm sein Verbleiben haben sollte.

Wenn man aber bedenkt, daß die angeführten Verordnungen unverkennbar gegen den Adel gerichtet waren und ausdrücklich nur die adelichen Fideikommisse aufhoben

---

[55] Nach dem Protokoll des Obertribunals vom 12. Mai 1818 ist in S. P. g. Pl. in der Relation des Obertribunalraths Klüpfel die von dem Kollegium gebilligte Ansicht ausgeführt, daß in Folge der Aufhebung der adelichen Familienfideikommisse durch die Verordnungen von 1808 und 1812 das Fideikommißvermögen wieder als eine hereditas jacens des Stifters zu betrachten und daher unter dessen gesetzliche Erben nach der landrechtlichen Intestaterbfolgeordnung zu vertheilen sey, nicht aber den gesetzlichen Erben des letzten Fideikommißbesitzers zufalle.

und daher nicht wohl angenommen werden kann, daß sie dem Bürgerlichen das Recht, Fideikommisse in Gemäßheit des Landrechts Th. 3, Tit. 13, zu errichten, haben entziehen wollen,[56] so wird man der Ansicht Wächters,[57] daß jene Verordnungen den Adel noch weit mehr beschränkt haben, als der Bürgerstand in seinen autonomischen Bestimmungen nach allgemeinen Landesgesetzen es gewesen sey, (eine Ansicht, welche auch in den Entscheidungsgründen des Obertribunals zu dem Erkenntniß in S. P. g. Pl. vom 6. März 1817 ausgesprochen ist,) beistimmen müssen; jedenfalls wird man das nicht über allen Zweifel erhaben finden können, was Reyscher[58] sagt: „daß es nicht in der Königl. Absicht gelegen, eine vom Landrecht abweichende Erbfolge bei bürgerlichen oder Bauerngütern (Lehen abgerechnet) eintreten zu lassen, nachdem die adelichen Fideikommisse aufgehoben worden, bedürfe keines Beweises."

Sodann kann seine Ansicht, „es sey der Gesetzgeber nicht davon ausgegangen, daß schon nach dem gemeinen Rechte des Landes die Befugniß begründet sey, ewige Fideikommisse durch bloßen Privatwillen zu gründen, sonst würde nicht der Adel auf den Fuß des Landrechts gesetzt worden seyn," nicht für richtig erkannt werden, da ja, wie gezeigt, höchstens nur das angenommen werden könnte, daß diejenigen Familienfideikommisse, in welchen eine von der landrechtlichen Intestaterbfolge abweichende Successionsart bestand, aufgehoben worden seyen.

Sehr interessant ist in dieser Beziehung auch die Auslegung, welche das vormalige Oberjustizkollegium aus Veranlassung eines Spezialfalls dem Gesetze von 1808 gegeben hat.

Johann Melchior v. K., des fränkischen Kreises

---

[56] Bolley in Sarwey's Monatschrift Bd. 1 S. 200.
[57] a. a. O. S. 821, 822.
[58] Das gem. und württ. Privatrecht Bd. 3 S. 269.

Obristlieutenant, hatte das im Ritterkanton Kraichgau gelegene Rittergut Eschenau als freies Allod erworben und bestimmte solches durch testamentliche Verordnungen vom 9. Jänner und 10. Februar 1747 zu einem Familienfideikommiß für seine Brüder und deren männliche Nachkommen, welche nach Erstgeburtsrecht in dasselbe succediren sollten. Nach dem kinderlosen Tode des Stifters succedirte in das Fideikommiß dessen ältester Bruder, der markgräflich Anspach'sche Geheimerath Georg Friederich v. K., welcher im Auftrage und Sinne des Stifters in einem Testament vom 28. Juni 1755 noch genauere fideikommissarische Bestimmungen traf, durch welche zuerst die männlichen Nachkommen seines Bruders Georg Adam K., Bürgermeisters in Oe., und nach deren Abgang die männlichen Nachkommen seines Halbbruders Tobias Abraham K., Pfarrers in O., und zwar immer nur nach der Primogenitur-Ordnung zur Erbfolge in das Fideikommiß berufen wurden, nach dem Absterben des Mannsstammes aber das Rittergut auf des letzten Inhabers älteste Tochter mit der Bedingung fallen sollte, daß sie sich an eine wohlqualifizirte Mannsperson verheirathe und dieser den Namen „genannt v. K." annehme. Dabei wurde die Veräußerung des Guts und dessen Appertinenzen aufs Strengste verboten und außerdem für die nachgeborenen Söhne Apanagen, für die Töchter Sustentationsgelder und Ausstattungen, für die Wittwen der Fideikommißbesitzer Wittwengehalte festgesetzt.

Nach dem kinderlosen Tode des zweiten Stifters Georg Friederich v. K. kam nicht der erstgeborene Sohn des Bürgermeisters K., Georg Gottfried, weil er früher im ledigen Stande verstorben, sondern der zweitgeborene Sohn desselben, Johann Melchior, und nach diesem dessen erstgeborener Sohn, Karl v. K., zum Genuß des Fideikommisses.

Dieser — der dritte Successor in das Fideikommiß, verkaufte das Rittergut Eschenau an den Staatsminister

Grafen v. U. und legte den Vertrag unterm 24. März 1807 dem Oberjustizkollegium zur Bestätigung vor.

Während es sich um Beibringung der Consense der Fideikommißanwärter zu der Veräußerung handelte, erging das Gesetz vom 22. April 1808 und in einem Berichte an das Staatsministerium vom 30. August 1808 sprach sich das Oberjustizkollegium über die Anwendbarkeit dieses Gesetzes auf das v. K'sche Fideikommiß in folgender Weise aus: „Die Subsignirten", sagt der Bericht, „werden sich jetzt nicht mit der bei einer andern Gelegenheit zu erörternden Frage befassen, ob den sämmtlichen Familiengliedern durch die K.'sche Fideikommißstiftung, welche den zur Zeit der Errichtung für Adeliche geltenden Rechten vollkommen gemäß war, erworbene Rechte durch die Königl. Verordnung vom 22. April 1808 haben aufgehoben werden wollen und können, ob also das neue Gesetz auch in dieser Hinsicht auf ältere Fälle zurückwirken solle? ob endlich die Königl. Verordnung vom 22. April 1808 nicht allein in einem entstehenden Successionsfalle die Erbfolge, sondern auch die bisherige Inalienabilität der Familienfideikommisse betreffe und letztere, sowie erstere aufhebe oder nicht?"

„Vielmehr ist der peremtorische Grund, aus welchem Subsignirte das fernere Bestehen des v. K.'schen Familienfideikommisses, so wie es errichtet worden, mithin auch die Nothwendigkeit der Consens-Einholung annahmen, und noch annehmen, dieser: weil die K. Verordnung vom 22. April diejenigen Rechtsgewohnheiten, testamentliche Verordnungen, Erbverträge und andere Gesetze der fürstlichen, gräflichen und adelichen Familien für unkräftig erklärt, welche bisher ein von den landrechtlichen Bestimmungen abweichendes Erbfolgerecht für einzelne Familien festgesetzt hatten: die v. K.'schen Fideikommißstiftungen hingegen so beschaffen sind, daß sie auch nach dem Landrecht und dem durch dasselbe bestätigten römischen Recht gegolten haben würden, daher auch jedem nicht adelichen Königl. Untertha-

nen auch nach dem Landrecht wohl erlaubt gewesen wäre, eine solche fideikommissarische Stiftung zu machen."

„Es ist nämlich hier ein Fall von zwei Stiftern, welche auch nach dem Landrecht vollkommen freie Gewalt, über das Gut in Frage zu disponiren, hatten, denen durch keine Leibeserben oder überhaupt solche Personen, die einen Pflichttheil fordern konnten, die Hand gebunden wurde. Lediglich Collateralen waren es, welchen zulieb sie diese Fideikommißordnung stifteten, welchen sie mit freiem Recht ihre Succession hätten entziehen können, und die daher alles Recht, das sie haben, lediglich und allein der Freigebigkeit der Stifter verdanken, und das Recht an die Güter nur insoweit ansprechen können, als die Stifter selbst es auf sie devolvirten und devolviren wollten."

„Der Inhalt des Testaments lehrt überall augenscheinlich, daß die Stifter sich nicht einmal der Autonomie des deutschen Rechts, wie sie doch wohl befugt gewesen wären, bedienen, sondern durchaus nach der Vorschrift und in dem Geiste des römischen Rechts testiren wollten: denn wenn dieß nicht, so ließe sich z. B. nicht erklären, warum der zweite Stifter den Abzug der Quarta trebellianica verboten hätte, eine gänzlich unnöthige Verfügung, wenn bloß von einem deutschen Fideikommiß die Rede wäre."

„Bekanntlich hat nun das Landrecht Theil III. Tit. 13 de fideicomm. hered. der römischen Lehre von Fideikommissen auch in Württemberg Gesetzeskraft eingeräumt; sogar bei Kindern und Descendenten gestattet es Fideikommißstiftungen, nur muß diesen der Pflichttheil und unter gewissen Umständen auch das trebellianische Viertel ungekränkt bleiben: auch gestattet das Landrecht §. 14. Hingegen aber rc., daß nur mit alleiniger Ausnahme der Kinder ersten Grads allen übrigen fideikommissarischen Erben der Abzug des trebellianischen Viertels verboten werden könne."

„Vergleicht man daher die v. K.'schen Stiftungen mit dem Landrecht, so ergibt sich daraus, daß jeder

Königl. Unterthan, wenn auch gleich das württ. Landrecht schon zur Zeit der Errichtung gegolten hätte, eine solche Stiftung zu errichten wohl befugt gewesen wäre, wenn gleich die eingeführte Successionsordnung der sonst unter dem hohen und niedern Adel gewöhnlichen gleichkommt."

„Ist nun dieses Fideikommiß auch jetzt noch giltig, so könnte es schon nach gemeinem Recht nicht anders aufgehoben oder im Wesentlichen geändert werden, als consensu omnium eorum, quorum interest etc."

„Aus diesem Grunde glauben daher Subsignirte, daß bei dem Verkauf des Guts Eschenau die Einholung des Consenses sämmtlicher Familienmitglieder ꝛc. nicht umgangen werden könne ꝛc."

In dem K.'schen Falle lag also ein dauerndes, für alle Generationen zum Vortheil des Mannsstammes, und zwar nach Erstgeburtsrecht verordnetes Familienfideikommiß vor, und dennoch hat sich das vormalige Oberjustizkollegium gegen die K. Staatsregierung dahin ausgesprochen, daß nach den in Württemberg geltenden erbrechtlichen Bestimmungen jedem K. Unterthan die Befugniß zustehe, ein solches Fideikommiß zu errichten.

Ganz nach dieser rechtlichen Ansicht behandelte das Oberjustizkollegium den v. K.'schen Fall; es verlangte die Beibringung der Consense aller männlichen und weiblichen Mitglieder der v. K.'schen Familie zu dem Verkaufe des Fideikommißguts, und nachdem diese Consense supplirt waren, bestätigte es am 28. Febr. 1809 den Verkaufvertrag, erließ aber zugleich zum Behuf der Fideikommißsurrogirung ein Zahlungsverbot an den Käufer.

Während über die Fideikommißsurrogirung noch verhandelt wurde, gerieth Karl v. K. immer tiefer in Schulden, und nachdem die Normalverordnung vom 26. April 1812 erschienen, kam er sowohl bei dem Oberjustizkollegium, als unmittelbar bei dem Könige selbst mit der auf diese Normalverordnung und das Gesetz vom 22. April 1808

gegründeten Bitte ein, den noch rückständigen Kaufpreis von 87,633 fl. zu Bezahlung seiner Schulden verwenden zu dürfen, wogegen aber zu gleicher Zeit von andern Mitgliedern der v. K.'schen Familie Einsprache erhoben wurde.

Hierüber erstattete nun das Oberjustizkollegium unterm 23. Oktober 1812 ein Anbringen an das K. Staatsministerium, worin es auf eine legislatorische Entscheidung der Frage antrug, ob die Verordnung vom 22. April 1808 und ihre Erläuterung vom 26. April 1812 bloß die Successionsordnung in den adelichen Familienfideikommissen ändere, oder ob sie auch mit Aufhebung aller und jeder Rechte der übrigen Familienglieder, den gegenwärtigen Besitzer zum durchaus freien Eigenthümer des Familienguts machen und ihm das freieste Veräußerungsrecht beilegen wollte?

In diesem Anbringen wird ausgeführt, daß Unveräußerlichkeit eines Fideikommißguts und Aenderung der Erbfolgeordnung neben einander bestehen können, daß aber durch die angeführten Verordnungen nur die mit der landrechtlichen Erbfolge im Widerspruch stehende Successionsweise in die adelichen Familienfideikommisse als aufgehoben angenommen werden könne, daß alle am 22. April 1808 am Leben gewesenen Familienmitglieder aus der Fideikommißstiftung ein wohlerworbenes Recht gehabt haben, welches ihnen nach allgemeinen Grundsätzen durch ein neues Gesetz nicht entzogen werden könne, und daß denselben daher mindestens eine Entschädigung gewährt werden müsse.

Auch in diesem Anbringen ist wieder die Ansicht des Oberjustizkollegiums darüber ausgesprochen, daß es jedem K. Unterthanen freistehe, dauernde, auf keine bestimmte Zahl von Generationen beschränkte Familienfideikommisse zu errichten. Folgende Stellen sind besonders bezeichnend:

„Schon im Allgemeinen betrachtet und der Natur der Sache nach ist Beides, nämlich Aufhebung der bisherigen

Erbfolge und der Unveräußerlichkeit eines Familienguts, nicht nothwendig und unzertrennlich mit einander verbunden, und es folgt noch gar nicht, daß wenn der Gesetzgeber in Ansehung der erstern dem Adel kein besonderes Recht mehr gestatten wollte, er ebendamit auch dasjenige aufhob, wobei Adel, Bürger und Bauernstand gleiches Interesse haben oder wenigstens haben können."

„Ohne sich in eine politische Diskussion einzulassen, glauben geh. Subs. nur durch die logischen Interpretationsregeln den großen Unterschied der Aufhebung der Successionsgesetze und der Unveräußerlichkeit der Fideikommisse darstellen zu müssen, welch' letztere dem Liebhaber des Rechts von einer gedoppelten Seite wünschenswerth erscheint; einmal weil bei ihrer Fortdauer das Recht der sämmtlichen Familienglieder zum künftigen Genuß, obgleich nach einer veränderten Ordnung, ungekränkt erhalten wird, und sodann zweitens, weil gleichwohl einem gutdenkenden Familienhaupte oder Gliede die Möglichkeit nicht genommen ist, durch die Verwendung seines erworbenen Vermögens zu fideikommissarischen Anordnungen für die Erhaltung, die Unterstützung und das Wohlseyn aller künftigen aus ihm entsprossenen oder mit ihm verwandten Generationen zärtliche und liebevolle Sorge zu tragen."

„Die erläuternde Verordnung vom 26. April 1812 will ferner nicht alle und jede, sondern nur die adelichen Fideikommisse, folglich nur das, was dem Adel bei Fideikommissen eigen ist, aufgehoben wissen; dieses dem Adel Eigene ist aber doch wohl nur die Erbfolge; Unveräußerlichkeit ist allen, auch den nichtadelichen Fideikommissen gemein. Wenn es also im Allgemeinen nicht verboten ist, durch fideikommissarische Anordnungen für Nichtvergeudung eines Familienguts Sorge zu tragen, warum sollte dieß nicht auch dem Adel noch gestattet werden?"

Auf dieses Anbringen ergieng am 26. November 1812 folgendes Dekret des Staatsministeriums an das Oberjustizkollegium:

„Da mit der durch die K. Normalverordnungen vom 22. April 1808 und 26. April 1812 eingeführten landrechtlichen Erbfolge in den fürstlichen, gräflichen und adelichen Familien, und mit der in gedachten Verordnungen ausdrücklich ausgesprochenen Aufhebung der adelichen Fideikommisse überhaupt die Unveräußerlichkeit solcher bisherigen Fideikommißgüter von selbst hinwegfällt, und es mithin nur noch weiterer gesetzlicher Bestimmungen bedarf, ob und mit welchen rechtlichen Wirkungen das bisherige Fideikommißgut nun freies Eigenthum der jetzigen Fideikommißbesitzer werde, und ob es demjenigen, der es am 22. April 1808 besessen, ausschließend oder der ganzen zur fideikommissarischen Erbfolge berechtigt gewesenen Familie zufalle, und nach gewissen Verhältnissen unter den dermaligen Gliedern zu theilen sey, so werde dem Oberjustizkollegium aufgegeben, ein wohlerwogenes Gutachten hierüber zu erstatten."

Dieß geschah in einem Gutachten vom 24. Mai 1813 worauf die bekannte K. Entschließung vom 19. Febr. 1814 erfolgte, wonach das Eigenthum eines vormaligen Stammguts dem Besitzer und Nutznießer, welcher es zur Zeit der Normalverordnung vom 22. April 1808 gewesen, mit Ausschließung der Successionsberechtigten von aller Theilnehmung an der Substanz, als freies Allodium gehören, derselbe jedoch verbunden seyn solle, die bereits lebenden Successionsberechtigten, nach Maßgabe ihrer nähern oder entferntern Rechte durch Apanagen, Pensionen oder Geldsurrogate als Abfindungssummen zu entschädigen, zu welchem Ende ein gütliches Uebereinkommen unter Leitung und Vermittlung der Justizbehörden von den Betheiligten zu treffen sey. Hiebei behielt sich der König vor, bei den vormals reichsfürstlichen und reichsgräflichen Familien, auf deren besonderes Ansuchen, ausnahmsweise die Errichtung von Majoraten zu gestatten und auf dießfallsige Anträge zu entscheiden, wohingegen es hinsichtlich der übrigen adelichen und anderer Gutsbe-

sitzer bei vorstehender allgemeiner Norm sein Verbleiben haben sollte.[59]

In diesem Stande blieb das Rechtsverhältniß des hohen und niedern Adels, als in Gemäßheit des Art. 14 der deutschen Bundesakte durch die K. Deklarationen in Betreff des fürstl. Hauses Thurn und Taxis vom 8. August 1819, des gräfl. Hauses Waldeck vom 25. August 1819 und die allgemeine K. Deklaration vom 22. Sept. 1819, sodann in Betreff der Ritterschaft durch das Adelsstatut vom 3. März 1817, §. 26, 27, 28, dessen Bestimmungen in der K. Deklaration vom 8. Dezember 1821, §. 13—15 wiederholt und durch die K. Verordnung vom 24. Dez. 1825 auch auf den altlandsäßigen Adel ausgedehnt wurden,[60] die adelichen Familienfideikommisse wieder hergestellt wurden, und den Häuptern der standesherrlichen, sowie den Mitgliedern der ritterschaftlichen Familien das Recht der Autonomie zurückgegeben wurde. In dieser Beziehung ist für unsere Frage der §. 28 des Adelsstatuts[60] und der §. 15 der K. Deklaration von 1821 (Reg.=Bl. S. 883) von Bedeutung, welche verordnen:

„Macht ein Mitglied der Ritterschaft in Zukunft von dem Rechte der Autonomie Gebrauch, so wird zur Gültigkeit solcher neuen Familiengesetze und Stiftungen erfordert, daß sie der zuständigen richterlichen Stelle, welche mit der betreffenden Regiminalstelle Rücksprache zu nehmen hat, zur Cognition vorgelegt werden. Uebrigens bleibt der Ritterschaft unbenommen, ebenso wie andere Staatsbürger in den hiezu sich eignenden Fällen in Gemäßheit der württ. Gesetze von Todeswegen Verordnungen zu machen.“[62]

---

[59] Wächter a.a.O. S. 821—826. Weishaar a.a.O. Th. 1. §. 30.

[60] Vgl. hierüber Bolley, Entwürfe von Gesetzen S. 168, 197. Weishaar a. a. O. Th. 1. §. 40. 41.

[61] Im ersten Abschnitt „von vormals reichsständischen Fürsten und Grafen“ §. 2 sichert das Adelsstatut denselben alle diejenigen Rechte und Vorzüge zu, „welche der ritterschaftliche Adel durch die gegenwärtige Verfassung erhalten.“ Vgl. Bolley Entwürfe von Gesetzen 2c. S. 197. (F.)

[62] Reyscher, Sammlung (Staatsgrundgesetze) Th. 3. S. 416. Bolley, Entwürfe 2c. S. 197—201.

Welche Ansicht man nun auch über die Anwendbarkeit der Verordnungen von 1808 und 1812 auf bürgerliche Fideikommisse haben mochte, so kann man, nachdem dieselben durch die so eben angeführten Deklarationen und das Adelsstatut wieder aufgehoben worden, darüber nicht im Zweifel seyn, daß unter den „württembergischen Gesetzen“, von welchen der Absatz 2 des §. 28 des Adelsstatuts spricht, nicht jene Verordnungen, sondern nur das Landrecht und das solches ergänzende gemeine Recht verstanden werden können.

Nach diesen allgemeinen erbrechtlichen Bestimmungen kann der Bürgerliche, wie zu I. gezeigt worden, ewig dauernde Familienfideikommisse, und zwar mit einer von der landrechtlichen Intestaterbfolgeordnung abweichenden Successionsweise, jedoch mit der Beschränkung errichten, daß er die Ansprüche der Notherben auf Pflichttheil und der Descendenten ersten Grads auf das trebellianische Viertel unverkümmert läßt. Es kann daher der Ansicht von Reyscher,[63] daß Bürgerliche in Errichtung von Familienfideikommissen immer noch ebenso beschränkt seyen, wie nach röm. Recht (d. h. nach Nov. 159.), aus welchem das Landrecht in dieser Beziehung zu ergänzen sey, insoweit nicht beigepflichtet werden, als er damit von dem soeben aufgestellten Satze abweicht.

Der Bürgerliche kann jedoch dieselben nur in den nach allgemeinen Gesetzen zuläßigen Formen errichten, nicht aber in der in dem Absatz 1 des §. 28 des Adelsstatuts für die Autonomie des Adels vorgeschriebenen Form; denn diese war nach der alten deutschen Verfassung ein Vorrecht des reichsunmittelbaren Adels [64] und ist auch in dem Adelsstatut

---

[63] Reyscher sagt a. a. O. Bd. 3. §. 677: „Dem Testamente „oder Erbvertrag allein kann nach dem Landrecht nicht die Kraft „zukommen, über die nächsten Generationen hinaus verbindliche „Verfügungen zu treffen; nur durch die landrechtliche Bestätigung „können diese die Wirkung eines Legalstatuts erlangen.“ Ferner: „Mit besonderer landesherrlicher Bestätigung kann jedoch auch jetzt „noch ein über vier Zeugungen (hinaus) sich erstreckendes bürgerliches „Fideikommiß errichtet werden.“

[64] Weiske, Rechtslexikon Bd. 1, S. 555—560.

und in der Deklaration als ein solches Vorrecht den autonomischen Befugnissen der übrigen Staatsbürger ganz bestimmt entgegengesetzt. Nur für die Autonomie des Adels ist die Form in dem Absatz 1 des §. 28 vorgeschrieben, und da der Bürgerliche das dem Adel zustehende Vorrecht der Autonomie nicht hat, so kann auch von einer Uebertragung der nur für die Adelsautonomie gegebenen Form auf die fideikommissarischen Verfügungen eines Bürgerlichen nicht die Rede seyn.

Die Form aber, in welcher ein Bürgerlicher Fideikommisse errichten kann, ist Erbvertrag oder Testament (Codicill). [65]

Gerber [66] sagt: „Die Errichtung eines Familienfideikommisses geschieht durch den in einem Testament oder Erbvertrage ausgesprochenen Willen des Constituenten; der zur Autonomie berechtigte Adel bedarf dazu eine bloße hausgesetzliche Bestimmung der Unveräußerlichkeit seiner Stammgüter. Für die ersteren beiden Begründungsarten ist fast allgemein die Erlangung der richterlichen oder landesherrlichen Bestätigung vorgeschrieben, (hier werden das baierische Edict, das preuß. Landrecht, das österreich. Gesetzbuch, das hannover. Gesetz u. s. w. angeführt) während die letztere die Beobachtung der für die Ertheilung von Hausgesetzen geltenden Vorschriften voraussetzt.“ [67]

---

[65] Knypschildt l. c. C. VI. §. 1 2c. Kreitmayr, Anmerkungen über den Codex maxim. bavar. civ. Th. 3. cap. 10. §. 3. Eichhorn a. a. O. §. 368. Maurenbrecher a. a. O. Th. 2. §. 570. Philipps a. a. O. Th. 2, §. 187.

[66] Deutsches Priv.-Recht §. 84.

[67] Dagegen sagt Gerber in der neuesten (fünften) Auflage seines deutschen Privatrechts (Jena, 1855) §. 84: „Fähig zu Errichtung eines solchen (Familienfideikommisses) ist im Zweifel Jeder, welcher Dispositionsbefugniß über einen zur Gründung des Familienfideikommisses geeigneten Gegenstand hat, während Partikularrechte diese Fähigkeit bisweilen nur dem Adel zuschreiben........ Die Errichtung eines Familienfideikommisses geschieht durch den in einem Testamente, Erbvertrage oder in einer sonstigen Stiftungs-

Schon oben zu Ziffer II. wurde bemerkt, daß es eine unter den deutschen Privatrechtslehrern bestrittene Frage sey, ob zu Errichtung von Familienfideikommissen landesherrliche Bestätigung nöthig sey oder nicht.

Diese Frage muß, da, wie gezeigt, nach den in Württemberg geltenden gemeinrechtlichen Bestimmungen auch Bürgerliche befugt sind, ewige Familienfideicommisse zu errichten, die Errichtung jedoch in den gemeinrechtlichen, für diese Art von Rechtsgeschäften vorgeschriebenen Formen zu geschehen hat, mit Gerber Mittermaier, Eichhorn und Kreit-

---

urkunde ausgesprochenen Willen des Konstituenten." (In der Note 8 ist beigesetzt: „Ein Vertrag ist nur dann und nur insoweit erforderlich, als es sich um die Veränderung schon bestehender Rechte der Familienglieder handelt.") „Fast allgemein ist ferner die Erlangung der richterlichen oder landesherrlichen Bestätigung als Bedingung vorgeschrieben; diesen Akten geht in der Regel ein Aufruf an die etwaigen Interessenten zur Wahrung ihrer Rechte voran."

Näher hat Gerber in seinen Beiträgen zur Lehre vom deutschen Familienfideikommiß (in den Jahrbüchern der Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts von Gerber und Jering. Jena, 1856. Bd. 1., S. 88—91, 93,) die Ansicht dargelegt:

1) daß Fideikommisse nicht blos durch Geschäfte von Todeswegen (Testament, Erbvertrag), sondern auch durch einfache Willenserklärung des Stifters, welche nicht nothwendig ein Vertrag zu seyn brauche, begründet werden können, und zwar mit der Wirkung, daß schon während des Lebens des Stifters das Fideikommiß in Kraft trete und der Stifter selbst der erste Fideikommißeigenthümer werde. (Dabei sey übrigens gerichtliche Bestätigung und öffentliche Bekanntmachung nöthig.)

2) Daß die Befugniß, deutsche Familienfideikommisse zu stiften, heutzutag nicht mehr auf den Adel beschränkt sey.

Gerber gibt jedoch, unerachtet er das deutsche Familienfideikommiß in jeder Beziehung für ein allgemein zuständiges, nicht auf den Adel beschränktes Institut angesehen wissen will, zu, daß dasselbe auf dem Boden des Adels erwachsen und beim Bürgerstand nur vereinzelt vorgekommen sey, und die unbeschränkte Anwendung desselben auf den Bürgerstand stützt er blos auf den Grund, daß die Interessen, welche das Familienfideikommiß befriedigen solle, keine ausschließlich beim Adel möglichen und erlaubten seyen. (Die angeführten Jahrbücher I. S. 93—94.) (F.)

mayr, verneint werden. Doch ist es bei der unter den Rechtslehrern herrschenden Meinungsverschiedenheit als sehr dienlich anzuerkennen, wenn die landesherrliche Genehmigung eingeholt wird.

Dagegen ist, um die Rechte der Fideikommißerben gegen Veräußerungen und Verpfändungen von Grundeigenthum durch den Fideikommißinhaber zu sichern, ein Eintrag der fideikommissarischen Eigenschaft des Grundeigenthums in die öffentlichen Bücher nothwendig. [68]

Es wurden oben die Ansichten der Juristenfakultät in Tübingen und des vormaligen Oberjustizkollegiums über die Zuläßigkeit der Errichtung bürgerlicher Familienfideikommisse angeführt; es wird aber auch von Interesse seyn, die Ansicht der Pupillenbehörden hierüber kennen zu lernen.

Als die Normalverordnung vom 20. Juli 1808 erschien, nach welcher Familienstiftungen, bei denen es sich nicht sowohl und hauptsächlich von dem Patrimonio der Pupillen, als vielmehr von einem zu gewissen Zwecken bestimmten Gesammteigenthum der der K. Staatshoheit unterworfenen Familien handle, in rechtlicher Beziehung von dem K. Oberregierungskollegium, in ökonomischer und administrativer Hinsicht aber von dem K. Oberlandesökonomiekollegium respektirt werden sollen, so übergab der Tutelarrath von den 23 Fideikommissen und Familienstiftungen, welche unter seiner Aufsicht verwaltet worden, 9 an das Oberlandesökonomiekollegium, welche, mit Ausnahme eines Sch.'schen Familienfideikommisses, für öffentliche Zwecke (entweder für Unterricht oder Wohlthätigkeit) gestiftet waren. Von den übrigen 14 Fideikommissen, welche er unter seiner Aufsicht zurückbehielt, waren 12 temporelle Fideikommisse, 2 davon, das K.'sche und v. L.'sche, aber wahre, dauernde und nicht auf eine bestimmte Zahl von Generationen beschränkte Familienfideikommisse, was auch bei dem Sch.'schen Fideikommisse der Fall war; bei den beiden ersten war eine Succession nach dem Erstgeburtsrecht, bei dem letztern nach der Intestaterbfolgeordnung angeordnet.

---

[68] **Art. 15 des Ges. vom 21. Mai 1828.**

Hieraus erhellt, daß der Tutelarrath keinen Anstand nahm, bürgerliche ewige Familienfideikommisse dem hierauf gerichteten Willen des Stifters gemäß unter seine Aufsicht zu nehmen. Insbesondere findet sich in den tutelarräthlichen Akten über die Ausscheidung der unter seiner Aufsicht gestandenen Verwaltung die Bemerkung, „daß Stiftungen ad pios usus in sensu stricto unter die Aufsicht des K. Oberlandesökonomiekollegium gehören, ist dieß Orts keinem Stritt unterworfen, in diese Kategorie aber gehören Stiftungen für Studirende, die auf die Familie eingeschränkt sind, nicht, sondern dieß sind eigentliche Familienfideikommisse. Familienfideikommisse aber sind nichts anderes, als beschränkte Erbschaften, sind also vorzüglich zur tutelarräthlichen Cognition geeignet.“

Daß für bestimmte Zwecke gegründete Familienstiftungen nicht auf eine gewisse Zahl von Generationen beschränkt sind, sondern bestehen, solange die Familie besteht, ist noch nie bezweifelt worden.

Die Sch.'sche Familienstiftung [69] wurde auch von den Regiminalstellen beaufsichtigt bis zum Jahr 1836, wo zwischen denselben und den Pupillarstellen ein negativer Kompetenzkonflikt entstand, der auf ein Gutachten des K. Geheimenraths durch den König vermöge höchster Entschließung vom 10. Februar 1838 (vergl. Reg.-Bl. von 1839, Seite 427) dahin entschieden wurde, daß den für die Rechtsfürsorge bestellten Justizbehörden die Aufsicht über Familienfideikommisse, wenn eine solche eintrete, gebühre, daß hienach das Sch.'sche Familienfideikommiß an den Pupillensenat des Obertribunals zu überweisen sey, daß übrigens über die allgemeine Frage, in welchen Fällen eine Staatsaufsicht über Familienfideikommisse einzutreten habe, nähere gutächtliche Aeußerung erwartet werde.

In dem hierauf von dem Pupillensenat des Obertribunals unterm 3. Mai. 1838 erstatteten Gutachten kommt folgende Stelle vor:

---

[69] Oder richtiger: das Sch.'sche Familienfideikommiß. (F.)

„Was insbesondere das Fideikommiß des im Jahr 1763 gestorbenen Consistorialdirektors Sch. betrifft, welches in Kapitalien 12,000 fl. beträgt, und nach der Disposition des Erblassers auf seine Erben männlichen und weiblichen Geschlechts nach Proportion ihrer Erbtheile fallen und, so lange jemand von jener Nachkommenschaft vorhanden, nimmer aufhören, sondern von dem Einen auf den Andern den Erbrechten gemäß vererbt werden soll, so ist solches zwar von dem Stifter der öffentlichen Beaufsichtigung nicht ausdrücklich unterworfen worden; allein es ist denselben schon seit sehr langer Zeit unterworfen und die 41. Kuratelrechnung liegt gegenwärtig zur Prüfung vor. An dem Wunsche der Betheiligten, die Beaufsichtigung fortdauern zu lassen, ist daher nicht zu zweifeln, und wir vermögen auf deren Beendigung um so weniger anzutragen, als bei diesem Fideikommiß acht sich zum Theil fernstehende Personen berechtigt sind, und die Zahl der Berechtigten leicht sich noch mehr vermehren kann, wo daher eine Privatbeaufsichtigung der Verwaltung immer schwieriger wird, noch weniger aber eine Vertheilung des Grundstocks unter den Fideikommißberechtigten mit der Verbindlichkeit der Restitution der betreffenden Fideikommißtheile an die jeweiligen Fideikommißnachfolger angeordnet werden kann."

Damals standen die Fideikommißberechtigten, mit Ausnahme von zwei Töchtern des Archivars Sch., bereits in der vierten Generation, nichts desto weniger aber sprach sich der Pupillensenat ganz klar über die Nothwendigkeit der Fortdauer der öffentlichen Beaufsichtigung der Verwaltung des Fideikommißvermögens auch für die späteren Generationen aus, was er nicht hätte thun können, wenn er nicht die Zulässigkeit eines ewigen Familienfideikommisses angenommen hätte.

Auf jenen Bericht des Pupillensenats des Obertribunals, und nach einem über die Frage der Zuständigkeit der Pupillenstellen in Beaufsichtigung von Familienfideikommissen von dem Geheimenrathe erstatteten Gutachten wurde auf besonderen

Befehl des Königs von dem Justizministerium unterm 15. Juni 1339 eine Verfügung bekannt gemacht,[70] welche, wie das Geheimerathsgutachten von der Annahme der Giltigkeit dauernder, nicht blos auf vier Generationen beschränkter Familienfideikommisse ausgeht, wie denn auch Reyscher[71] die genannte Verfügung in diesem Sinn auffaßt, und Gerber,[72] dessen Ansicht über die Verschiedenheit der Familienfideikommisse und Familienstiftungen mit den Ansichten des Geheimenraths übereinstimmt, bemerkt, daß wahre deutsche Familienfideikommisse des Bürgerstandes, obschon vereinzelt, von jeher vorgekommen und anerkannt worden seyen.

IV. Das Ergebniß vorstehender Ausführung sind folgende Sätze:

1) Nach den in Württemberg geltenden erbrechtlichen Bestimmungen kann der Bürgerliche dauernde, nicht auf vier Generationen beschränkte Familienfideikommisse, und zwar mit einer von der landrechtlichen Intestaterbfolge abweichenden Successionsordnung, jedoch unter Beachtung der Ansprüche der Erben anf Pflichttheil und der Descendenten ersten Grads auf das trebellianische Viertel in den nach den allgemeinen Landesgesetzen zuläßigen Formen errichten.

2) Die landesherrliche oder richterliche Bestätigung ist zu deren Giltigkeit nicht erforderlich; dagegen ist

3) zu Wahrung der Rechte der Fideikommißerben (jedoch als bloße Sicherheitsmaaßregel), wenn Grundeigenthum das Fideikommißvermögen ausmacht, ein Eintrag hierüber in die öffentlichen Bücher vorzunehmen.

4) Die Errichtung von Fideikommissen auf die in dem Adelsstatut vom 3. März 1817, §. 28, Abs. 1 und der K. Deklaration vom 8. Dezbr. 1821, §. 15, Abs. 1 (Reg.-Bl. S. 883) vorgeschriebene Art ist als ein mit dem Autonomierecht des Adels (und zwar des immatrikulirten begüterten

---

[70] Reg.-Bl. von 1839, S. 426.

[71] a. a. O. §. 677, not. 14.

[72] In den oben angeführten Jahrbüchern S. 94.

Adels) zusammenhängendes Standesvorrecht des letzteren dem Bürgerlichen nicht gestattet.

In dem auf den Grund dieses Vortrags an das K. Justizministerium erstatteten Berichte vom 6. Februar 1857 sprach das Obertribunal seine Ansicht dahin aus, daß die am Schlusse des Vortrages seines Referenten unter Ziffer IV. zusammengestellten Grundsätze das in Württemberg bestehende Recht bilden, und es wurde dabei nur noch hervorgehoben, daß bei den hinsichtlich ihres Zweckes von den römisch rechtlichen ganz verschiedenen deutsch rechtlichen Fideikommissen, wie sie sich vorzugsweise bei dem Adel ausgebildet haben, schon der Natur der Sache nach die Bestimmung des römischen Rechts über Familienfideikommisse keine Anwendung finden. Zugleich wurde aber in dem Berichte noch bemerkt, daß dieß zwar die rechtliche Ansicht der gegenwärtigen Mitglieder des Civilsenats des Obertrib. sey, daß aber bei der Schwierigkeit dieser Materie, in welcher die Rechtslehrer einander so sehr widersprechen, und auch die Gerichte des Landes verschiedener Meinung seyn können, sich vorbehalten werden müsse, in einem etwa zur Entscheidung des Obertribunals kommenden Rechtsfalle die angeregten Fragen von Neuem einer Prüfung zu unterwerfen, weßhalb auch, wenn Gründe des öffentlichen Wohls für die Errichtung und Begünstigung bürgerlicher Familienfideikommisse sprechen sollten, die Ausführung in zweckmäßiger und die vielen Meinungsverschiedenheiten beseitigender Weise nur auf dem Wege der Gesetzgebung werde geschehen können.

In Folge dessen wurde in den Gesetzesentwurf, betr. die Revision mehrerer Verfassungsbestimmungen über die erste Kammer der Ständeversammlung vom Jahr 1857 aufgenommen:

„Die Gründung dauernder Familienfideikommisse, unbeschadet der Rechte Dritter, sowohl durch Verfügungen von Todes wegen, als unter Lebenden, ist auch solchen Staatsbürgern gestattet, welche nicht zum standesherrlichen oder

ritterschaftlichen Adel gehören. Die näheren Bestimmungen hierüber bleiben einem besonderen Gesetze vorbehalten. Indessen können schon jetzt Fideikommisse, wie sie der §. 130 der Verfassungsurkunde als Bedingung des Besitzes für diejenigen voraussetzt, welche der König zu erblichen Mitgliedern der ersten Ständekammer ernennen kann, von Staatsbürgern, welche nicht zum standesherrlichen oder ritterschaftlichen Adel gehören, mit königlicher, nach vorheriger Vernehmung der einschlägigen Gerichts- und Regiminalstellen erfolgender, Genehmigung errichtet werden."

Noch ist zu bemerken, daß sich auch das K. Justizministerium in einem Erlasse an den Pupillensenat des K. Gerichtshofs in Ellwangen vom 14. August 1858 mit den in dem Berichte des Obertribunals aufgestellten Rechtsgrundsätzen, sowie im Wesentlichen auch mit der von dem Obertribunalreferenten gegebenen Begründung einverstanden erklärt hat.

---

5) Von der Theilung gemeinschaftlicher Lotterieanlehensloose; ein Beitrag zu der Lehre von den Werthpapieren auf den Inhaber.[1]

(Von Herrn Oberjustizrath Hufnagel in Eßlingen)

Der Verkehr mit Werthpapieren, ausgestellt auf den Inhaber, gewinnt täglich an Bedeutung, ein beträchtlicher

---

[1] Bem. d. Red. Eine befriedigende und erschöpfende Beantwortung der in dem oben mitgetheilten Rechtsfall erörterten Frage setzt ein tieferes Eingehen auf die rechtliche Natur der in jüngster Zeit von der Theorie mit außergewöhnlicher Aufmerksamkeit behandelten Inhaberpapiere voraus. Auch wird es insbesondere darauf ankommen, ob und in wie weit der überlieferte Vorrath römischer Rechtsbegriffe und Rechtsregeln auf ein Rechtsinstitut Anwendung finden kann, welches von den Römern noch nicht gekannt seine Entstehung und Ausbildung den Bedürfnissen des Verkehrs verdankt, und unter dem Einflusse freierer Rechtsanschauungen selbstständig sich entwickelt und seine jetzige Gestaltung erhalten hat. In der Theorie finden sich die verschiedensten Ansichten vertreten, indem die Einen wie z. B. Savigny, Renaud,

Theil des Kapitalvermögens ist in Folge einer Reihe von zusammenwirkenden Gründen in solchen Papieren angelegt; je mehr aber diese Papiere in das große Publikum dringen, einen je größern Theil seines Besitzthums sie bilden, je größer der Verkehr damit wird, desto mannigfaltiger werden sich die an jene Papiere sich anknüpfenden Rechtsverhältnisse gestalten, und ebendeßhalb auch Rechtsstreite und die Nothwendigkeit gerichtlicher Entscheidungen hervorrufen.

Bei diesen Entscheidungen wird in Ermanglung neuerer, jene neu entstandenen Verhältnisse speziell regulirender Gesetze nichts übrig bleiben, als das in concreto zur Beurtheilung vorliegende Rechtsverhältniß scharf ins Auge zu fassen, und unter das bestehende Recht zu subsumiren. Die Anwendung des bestehenden Rechts kann aber im einzelnen Falle zweifel-

---

Unger, Thöl möglichst genau an die im römischen Recht festgestellten Begriffe sich anschließen, Andere wie Kuntze zwar auch von den Grundbegriffen und Regeln des römischen Rechts ausgehen, doch aber daneben auch den germanischen und modernen Rechtsideen gerecht zu werden suchen, und wieder Andere wie Bluntschli, Beseler, Gerber und Jhering von dem römischen Recht ganz sich losgesagt haben, und mit Hilfe bereits feststehender Säze über Inhaberpapiere die selbstständige Construktion der weiter zur Anwendung zu bringenden Rechtssäze unternommen wissen wollen. Der G.-Hof zu E. hat sich an die romanisirende Savigny'sche Ansicht angeschlossen. Den Bedürfnissen des heutigen Verkehrs, wie den diesen Bedürfnissen Rechnung tragenden Rechtsanschauungen der Gegenwart entspricht jene Ansicht jedoch wohl nicht, und es wird die Praxis sich zu bedenken haben, derselben beizutreten. Der Gerichtshof geht davon aus, daß bei der Theilung gemeinschaftlicher Lotterieanlehensloose lediglich die in Bezug auf Forderungen geltenden Grundsätze des römischen Rechts zur Anwendung kommen, indem er die Lotterieloose selbst gewöhnlichen Schuldscheinen gleichstellt, und der dem Papier zukommenden Bedeutung für die Realisirung der Forderung ein entscheidendes Gewicht nicht einräumen zu dürfen glaubt. Hierin wird wohl der Kern der Frage liegen, und es wäre erwünscht, wenn die obige Mittheilung Anregung zu deren weiteren Beleuchtung auch von anderer Seite geben würde; inzwischen aber wird dieselbe noch als eine offene zu betrachten seyn. Das Obertribunal war noch nicht im Falle, sich über solche auszusprechen. K.

haft erscheinen, weil das geltende Recht sich an Rechtsverhältnissen entwickelt, beziehungsweise Rechtsverhältnisse begründet hat, welche von den hier zur Sprache kommenden Produkten des neueren Verkehrs wesentlich abweichen, sofern letztere, je nachdem sie von der einen oder der andern Seite betrachtet werden, dem Begriffe des einen oder dem des andern durch das bestehende Recht geregelten Rechtsverhältnisses sich nähern.

Eine wichtige Rolle unter den auf den Inhaber lautenden Papieren bilden die von verschiedenen Staaten, Gemeinden und Privaten ausgegebenen Lotterieanlehensloose, mittelst deren Ausgabe ein Anlehen von bestimmter Größe aufgenommen wird, welches innerhalb einer zum Voraus festgesetzten Zeit nach einem bestimmten Plane durch periodische Ziehung einer gewissen Anzahl von Loosen getilgt wird. Die einzelnen Loose vertreten hienach einen bestimmten Theil des gesammten Anlehens und stellen demgemäß eine Schuldurkunde gegen den betreffenden Staat dar, welcher nicht nur die Einlage selbst, sondern auch die Verzinsung derselben zu einem gewissen Zinsfuß garantirt. Anlockend zur Betheiligung bei solchen Unternehmungen ist neben der Sicherheit für die Einlage nicht nur die Möglichkeit sehr beträchtlichen Gewinnes, sondern auch der Umstand, daß die in den ersten Zeiten in Gemäßheit des Tilgungsplans gezogenen Loose je nach der Bedingung des einzelnen Anlehens mehr oder weniger hohe Zinse abwerfen. Weiter aber bieten solche Loose die Bequemlichkeit leichten Umsatzes dar, und dienen überdieß der Spekulation durch die gewöhnlich getroffene Einrichtung, daß die Serien und die einzelnen Nummern zu verschiedenen Zeiten gezogen werden, wodurch ein in einer Serie gezogenes Loos in der Zwischenzeit bis zur Looszziehung wegen der gesteigerten Wahrscheinlichkeit des Gewinnes einen höheren Werth erlangt.[2]

---

[2] **Riekher:** Ein Votum über das neue Lotterie-Anlehen der Wiener Creditanstalt und die Lotterieanlehen überhaupt. Heilbronn, 1858.

Es liegt nun in der Natur der Sache, daß die Aussicht auf einen Gewinn sich mit der Zahl der erworbenen Loose steigert und dieses führt sehr häufig zum Abschluß von Gesellschaften zu gemeinsamem Ankauf von Lotterieanlehensloosen und zu Verabredungen, nach welchen im ausschließlichen Besitz mehrerer Personen befindliche Loose in der Weise gemeinschaftlich werden sollen, daß der Gewinn jedes einzelnen Looses nach dem Verhältnisse der Beiträge oder Einlage getheilt werden solle.

Eine solche Verabredung gab Anlaß zu einem in den beiden ersten Instanzen entschiedenen, der Kognition des höchsten Landesgerichts aber durch den Verzicht auf die Oberberufung leider entzogenen Rechtsstreite, dessen kurze Mittheilung sowohl durch das praktische als auch durch das rechtliche Interesse der dabei zur Sprache kommenden Frage: ob und in welcher Weise eine so begründete Gemeinschaft auf Andringen des einen Kontrahenten wider Willen des Andern aufgelöst werden kann, gerechtfertigt seyn dürfte.

Die thatsächliche Grundlage des Streites ist folgende:

Am 16. Jan. 1846 kam zwischen Stadtschultheiß F. von B. und dem Schullehrer W. von M. folgender Vertrag zu Stande:

F. tritt an W. an nachstehenden Staatsobligationen und zwar: 1) an 4 hessischen (durch Angabe der Nummern namentlich bezeichneten) Loosen à 80 fl. den vierten Theil an jedem mit 80 fl., 2) an 4 badischen Loosen von 1840 à 64 fl. je die Hälfte mit 128 fl., 3) an einem badischen Loose von 1845 die Hälfte mit 19 fl. 30 kr., 4) an 11 nassauischen von 1837 à 30 fl. je die Hälfte mit 165 fl., und 5) an einem Esterhazy'schen Loose à 70 fl. die Hälfte mit 35 fl., zusammen also im Ganzen 427 fl. 30 kr. mit allen Rechten ab. Hieran, heißt es in der Vertragsurkunde weiter, hat F. erhalten durch Abtretung von Loosen, welche W. im Besitz hat: 1) von 2 sardinischen Loosen von 1844 à 19 fl. und zwar von je der Hälfte = 19 fl., 2) der Hälfte eines badischen Looses von 1840 à 64 fl. mit 32 fl., 3) der Hälfte eines badischen

Looses von 1845 à 39 fl. mit 19 fl. 30 kr., 4) durch Lieferung von 425 Bäumen für 34 fl., 5) durch Baarzahlungen im Betrage von 309 fl. 30 kr., zusammen also 414 fl., wonach W. dem F. noch 13 fl. 30 kr. schuldig blieb.

Zu Folge dieses Vertrags betrug der Antheil des Schullehrers W. an den früher von ihm und F. abgesondert besessenen Lotterieloosen den Werth von 498 fl.

Jeder der beiden Kontrahenten blieb im Besitze der ihm ursprünglich allein zugehörenden Loose. Schullehrer W. aber trat seinen Antheil in der Folge an Pfarrer G. ab, von welchem er auf seine Wittwe überging.

Ehe ein Schritt zu Auflösung der am 16. Jan. 1846 begründeten Gemeinschaft erfolgte, wurde im Jahr 1850 ein in F.'s Gewahrsam befindliches nassauisches Loos ohne Gewinn gezogen und die Hälfte des Werths an die Wittwe G. mit 15 fl. bezahlt; ebenso ein ursprünglich von W. allein besessenes sardinisches Loos, von welchem F. durch die Wittwe G. die Hälfte des Werthes mit 9 fl. 30 kr. erhalten hat. Durch diese beiden Ausloosungen hatte sich der Werth des Antheils der Wittwe G. an den gemeinschaftlichen Lotterieloosen auf 473 fl. 30 kr vermindert.

Nun stellte dieselbe an F. das Ansinnen auf Aufhebung der bisher bestandenen Gemeinschaft und auf Ausscheidung und Uebergabe einer ihrem quotativen Anspruch entsprechenden Anzahl von Loosen zu ausschließlichem Eigenthum, wogegen ihre Ansprüche an die weiteren Loose erlöschen sollen, und erhob, als F. auf den Vorschlag einzugehen sich weigerte, auf jene Absonderung gerichtliche Klage, welche dieselbe damit begründen ließ, daß ihre gedrückte ökonomische Lage sie nöthige, auf eine sichere und regelmäßig fließende Einkommensquelle Bedacht zu nehmen, als welche die Lotterieloose bei der Ungewißheit der Ziehung und eines Gewinns nicht gelten können. Eine Verwerthung ihres Antheils aber erscheine nahezu unmöglich, weil in der Regel Niemand Staatspapiere kaufe, welche er nicht zu beliebiger Verfügung in die Hand erhalte. Rechtlich sey dieses Verlangen begründet nach

Inhalt der cst. 5. Cod. comm. div. (3, 37), welche bestimme, daß Niemand genöthigt werden könne, wider seinen Willen in einer Gemeinschaft oder Gesellschaft zu verharren.

Die Vernehmlassung des Beklagten ging unter Berufung auf Glück[3] dahin: die Theilungsklage finde auf Forderungen keine Anwendung, weil durch Zuweisung eines bestimmten Betrags einer Forderung diese schon endgiltig getheilt und in das Vermögen des Cessionars übergegangen sey; die für die betreffende Forderung bestehende Urkunde aber sey der Natur der Sache nach untheilbar. Ueberdieß sey bei Abschluß des Vertrags vom 16. Jan. 1846 ausdrücklich verabredet worden, daß jeder Kontrahent bis zur Ziehung im Besitze der Loose bleiben solle, in welcher Verabredung ein Verzicht auf das Recht, Theilung zu verlangen, liegen würde, wenn ein solches, was aber dem ganzen ursprünglichen Vertrag widersprechen würde, bestünde.

Gegen diese Vernehmlassung replizirte die Klägerin: es sey bekannt, daß wegen Forderungen die Theilungsklage nicht angestellt werden könne, allein es werde auch nicht auf Theilung der Staatsschuldigkeit, sondern auf Theilung der Staatspapiere geklagt. Der angebliche Verzicht auf eine Theilung werde widersprochen, und wäre, wenn er erwiesen werden könnte, unerheblich, da nach l. 14 §. 2 D. comm. div. (10, 3) die Verabredung, überhaupt nie zu theilen, unverbindlich sey, die Voraussetzung aber, daß eine bestimmte Zeit lang nicht getheilt werden dürfe, hier nicht zutreffe; es sey nemlich nicht nur ungewiß, wann die Loose gezogen werden, sondern auch ob sie heraus kommen, denn die Ziehung könne durch einen Staatsbankerott sowohl als durch absichtliche oder zufällige Vernichtung der Loose verhindert werden.

Der Richter erster Instanz machte die Entscheidung abhängig von der Ableistung eines der Wittwe G. über die Existenz der behaupteten Verabredung auferlegten Eides,

---

[3] Comm. Bd. 15 S. 448.

indem er davon ausging, daß nicht die Theilungsklage angestellt sey, soferne der jedem Kontrahenten an den einzelnen Loosen zustehende Theil schon ausgeschieden sey, sondern entweder die rei vindicatio oder die actio ad exhibendum; diese beiden Klagen aber seyen statthaft, falls nicht eine spezielle sie ausschließende Abrede getroffen worden sey, weßhalb es auf deren Beweis, welchen der beweispflichtige Beklagte durch Eidesdelation angetreten habe, ankomme.

Gegen dieses Urtheil vom 7. Sept. 1853 appellirten beide Theile, indem sie im Wesentlichen je ihren in der ersten Instanz festgehaltenen Standpunkt, welcher auf unbedingte Verurtheilung des Beklagten, resp. auf unbedingte Abweisung der Klägerin führen sollte, festhielten.

Durch Erkenntniß zweiter Instanz vom 21. Juli 1854 wurde die erhobene Klage auf Theilung der gemeinschaftlich besessenen Loose und Ausfolge einzelner unbedingt abgewiesen.

Die Gründe waren im Wesentlichen folgende:

„Die erhobene Klage ist weder die rei vindicatio, noch die actio ad exhibendum, sondern nach der ganz deutlichen Erklärung der Klägerin die actio communi dividundo, gerichtet auf Aufhebung der zwischen den streitenden Theilen bestehenden Gemeinschaft und auf reelle Ausscheidung und Herausgabe einer dem ideellen Antheil der Klägerin an sämmtlichen Loosen entsprechenden Anzahl von Loosen."

„Unbestritten ist, daß Niemand gezwungen werden kann, in einer Gemeinschaft zu verharren,[4] und daß mit der actio communi dividundo auf reelle nach Zweckmäßigkeitsrücksichten zu vollziehende Abtheilung gemeinschaftlicher Sachen geklagt werden kann.[5] Nicht minder unbestritten aber ist, daß gemeinschaftliche Kapitalforderungen, nach dem Rechtssatze: nomina sunt ipso jure divisa, einer Theilung nicht bedürfen, und kein Objekt der actio communi dividundo

---

[4] Cst. 5. Cod. comm. div. (3,37).

[5] Unterholzner, Schuldverh. Bd. 2 S. 393 u. f. Puchta, Pandekt. §. 372.

sind.[6] Hiernach hängt die Statthaftigkeit der Klage von der Frage ab, ob auf die bestehende Gemeinschaft die bei gemeinschaftlichen Sachen oder die in Bezug auf Forderungsrechte geltenden Grundsätze anzuwenden sind, indem im ersteren Falle reelle Zuscheidung entweder einzelner Loose, oder aber Veräußerung sämmtlicher Loose und Theilung des Erlöses beansprucht werden kann, wogegen es im letzteren Falle an einem Objekt der Theilungsklage fehlt. Entscheidend sind die Grundsätze über Forderungsrechte, wenn sich auch nicht verkennen läßt, daß das zwischen dem Besitzer eines Staatspapieres auf den Inhaber und dem betreffenden Staate bestehende Schuldverhältniß von den in dem gemeinen Rechte näher normirten Forderungsrechten, und zwar wesentlich dadurch abweicht, daß die Person des Gläubigers durch bloße Begebung des Papiers aus dem Schuldverbande austreten kann."

„Unbestreitbar gehört das Verhältniß zwischen dem Inhaber eines Papiers au porteur, und dem betreffenden Staate (oder überhaupt dem Ausgeber) dem Obligationenrechte an, wo auch Savigny[7] die Lehre abhandelt, welcher ausführt, daß die durch Papiere auf den Inhaber begründeten Rechtsverhältnisse unter die obligatorischen Verträge mit unbestimmten Gläubigern gehören, und aus dem Bedürfniß entstanden seyen, die einfachen Formen der Uebertragung des Eigenthums für Obligationen möglich zu machen; daß diese Papiere weder Geld noch Waaren seyen, sondern wahre Schuldscheine über Gelddarlehen, und von anderen Schuldscheinen in ihrer Form nur dadurch unterschieden, daß sie auf jeden Inhaber, nicht auf eine bestimmte Person lauten.[8] Hat

[6] Glück, Comm. Bd. 11 S. 133.

[7] Obligationenrecht Bd. 2 S. 92 ff.

[8] Vergl. auch Bender, Verkehr mit Staatspapieren (2. Aufl.) S. 173, 174. Mittermaier, deutsches Privatrecht (6. Aufl.) §. 274, welcher speziell die Ansicht bekämpft, als ob das Papier, welches die Forderung beurkunde, das Forderungsrecht selbst darstelle, und daß letzteres unzertrennlich von dem Besitze des ersteren sey.

nun Jemand durch Aquisition eines Papiers ein Forderungsrecht an einen bestimmten Staat erworben, so läßt sich nicht absehen, warum er nicht durch eine einfache von dem Dritten angenommene Erklärung einen Theil jenes Forderungsrechts an den Dritten abtreten, und diesen zum alleinigen Berechtigten in Betreff des abgetretenen Theils sollte machen können, wogegen das eigene Recht an jenem Theile erlöscht. In diesem Falle aber besteht überall keine Gemeinschaft, weßhalb auch von keiner Auflösung die Rede seyn kann. Allerdings kann bei der Natur des vorliegenden Forderungsverhältnisses das Forderungsrecht dem Schuldner gegenüber ohne den Besitz des Papiers nicht geltend gemacht und weder ein etwaiger Gewinn, noch der Werth eines gezogenen Looses erhoben werden. Allein diese besondere in der Natur des Forderungsrechts begründete thatsächliche Schwierigkeit und die damit gegebene Möglichkeit, das Forderungsrecht des mitbetheiligten Nichtbesitzers der Schuldurkunde, wenn nicht z. B. durch Deposition bei einem Dritten Vorsorge getroffen ist, zu vereiteln, ändert an dem rechtlichen Charakter des Verhältnisses nichts. Beklagter besitzt, soweit Klägerin Gläubigerin der betreffenden Staaten ist, im Namen derselben die ihrer Natur nach untheilbare Urkunde über die Forderung, wie auch umgekehrt die Klägerin solche Urkunden über Ansprüche des Beklagten inne hat. Würde dem Verlangen der Klägerin entsprochen, so würden durch Zutheilung von — die Klägerin allein berührenden Urkunden — (falls diese Art der Theilung und nicht vielmehr Veräußerung sämmtlicher Loose für angemessen gefunden würde) ganz andere Forderungsrechte an die Stelle der bestehenden und rechtlich schon getheilten gesetzt, was unstatthaft ist. Daß nur die Möglichkeit der Ausübung des Forderungsrechts von dem Besitze des Papiers au porteur abhängt, und nicht das Recht selbst, daß also auch der nicht besitzende frühere Inhaber Staatsgläubiger sey, hat Savigny[9] sehr einleuchtend ausgeführt, indem er

[9] A. a. O. S. 133. ff.

bewiesen, daß mit jenem Besitze nur die Vermuthung des Eigenthums verbunden ist, welche den Schuldner zur Zahlung zwar berechtigt, und gegen anderweite Ansprüche sichert, welche aber den Schuldner zur Zahlung nicht verpflichtet, was doch der Fall seyn müßte, wenn der Inhaber unter allen Umständen der wahre Staatsgläubiger wäre. Auf diesem von dem Besitze des Papieres unabhängigen Forderungsrechte beruht die ganze Lehre von der Vindikation und der Amortisation der Papiere auf den Inhaber, [10] und es haben diese Grundsätze in dem Gesetze vom 16. September 1852, betr. die auf den Inhaber lautenden Staatsschuldscheine, Anerkennung gefunden. Hiernach ergibt sich das Resultat, daß die Forderungen der streitenden Theile an die betreffenden Staaten schon getheilt sind, und deßhalb einer weiteren Theilung nicht unterworfen werden können; daß insbesondere das rechtliche Interesse, welches der Besitz der Schuldurkunden mit sich bringt, und die nothwendig oder zufällig mit dem Nichtbesitz derselben verbundenen Nachtheile eine Theilung der Urkunden nicht begründen, weil eine solche Theilung das Forderungsverhältniß selbst ergreifen und wesentlich umgestalten müßte, wozu ein rechtlicher Grund nicht vorliegt. Auf die angebliche Verabredung, nicht zu theilen, ist hienach nicht weiter einzugehen, weil auch ohne eine solche die Klage unstatthaft erscheint, wobei übrigens klar ist, daß eine solche Verabredung nach l. 14, §. 2. D. comm. div. (10,3.) zuläßig ist, sofern durch den bei Aufnahme des Lotterieanlehens festgestellten Plan vollkommen gewiß ist, bis zu welchem äußersten Zeitpunkt sämmtliche Loose gezogen werden müssen. Möglichkeiten aber, wie ein Staatsbankerott oder Vernichtung der Loose, welche die Realisirung des Forderungsrechts verhindern könnten, so wenig als bei andern Verhältnissen in Betracht kommen können."

Diese Entscheidung wurde rechtskräftig. Zwar wurde von Seiten der klagenden Partei die Oberberufung an das

---

[10] Savigny, a. a. O. S. 138 ff. 178 ff.

K. Obertribunal ergriffen und von letzterem auch weitere Verhandlung eingeleitet; ehe jedoch die Sache zur Entscheidung kam, vereinigten sich die Parteien im gütlichen Wege dahin, die fraglichen Anlehensloose zu verwerthen und den Erlös unter sich zu theilen, womit die Sache ihre Erledigung erhielt.

---

6) Leidet der im Art. 15 des Prioritätsgesetzes bezüglich der Vertheilung des Vermögens eines in Concurs gerathenen Schuldners festgesetzte Vorzug des Alters unter den Gläubigern der vierten Klasse auch außerhalb des Concurses Anwendung?

(Von dem Herrn Oberjustiz-Assessor Freiherrn von Gemmingen in Eßlingen.)

Eine sehr verbreitete Praxis der Exekutionsbehörden erachtet den im Prioritätsgesetze vom 15. April 1825 unter den Gläubigern der IV. Klasse festgesetzten Vorzug der Zeit auch für das Schuldverfahren außer dem Concurse als maßgebend. Von Interesse dürfte deßhalb die Mittheilung der Ansicht eines Kreisgerichtes darüber seyn, daß das bezeichnete Vorzugsrecht abgesehen vom Concurse nicht Gegenstand eines Rechtsstreites und einer der Rechtskraft fähigen Entscheidung seyn kann. Hiebei ist vorauszuschicken, daß diejenigen Fälle, in welchen die Anwendung des Vorzugsrechtes nicht auf der einseitigen Anordnung der Behörde, sondern auf der Privatübereinkunft somit auf dem Willen der Gläubiger beruht, von der nachstehenden Ausführung nicht berührt werden.

Das Stadtschultheißenamt B. hatte ein Drittheil des Gehalts eines öffentlichen Dieners als einziges Executionsobjekt desselben zur Bezahlung der andringenden Gläubiger mit Beschlag belegt, und diese nach der Zeit der von ihnen ausgewirkten Zahlungsbefehle in das Gehaltsdrittheil

eingewiesen. Nach der Befriedigung mehrerer entspann sich zwischen zwei folgenden Gläubigern ein Rechtsstreit vor dem Oberamtsgericht B. über die Giltigkeit und Wirksamkeit des Zahlungsbefehls, kraft dessen der Kläger den Vorrang vor dem Beklagten beanspruchte. Das Oberamtsgericht wies die Klage nach gepflogener Verhandlung und nach eingeleitetem Beweisverfahren aus materiellen Gründen als unbegründet ab. Der Gerichtshof zu Eßlingen dagegen, an welchen die Sache im Ationszuge gelangte, erachtete das Verfahren des Oberamtsgerichts für gesetz- und ordnungswidrig, und hob dasselbe sammt dem Erkenntniß und dem Sportelansatze unter dem 12. Nov. 1858 auf. Diesem Beschlusse lag nachstehende Erwägung zu Grunde.

I. Das Zusammentreffen der persönlichen Rechte verschiedener Berechtigter gegen einen und denselben Verpflichteten geht in eine Collision dann über, wenn jene Rechte der Art sind, daß durch die Ausübung des einen die des anderen beschränkt oder unmöglich gemacht werden. Sucht man nach der das Gebiet dieses Widerstreits beherrschenden Norm, so führt die Erwägung, daß der unmittelbare Gegenstand der Forderungen regelmäßig nicht der gleiche ist, auf die vom gemeinen Rechte anerkannte Regel: daß mehrere Forderungen an und für sich ihrem Werthe nach gleich stehen, und daher gleichen Anspruch auf Befriedigung haben, eine rechtliche Aenderung aber in der Verfolgbarkeit derselben durch die Thatsache des Widerstreits allein nicht bewirkt wird.[1] Eine Modifikation dieser Regel ist jedoch theils in der Natur der Sache, wenn nämlich mehrere Forderungen auf Dienste einer Person oder auf die Leistung eines und desselben bestimmten Gegenstandes gerichtet sind,[2] theils in der Vorschrift posi-

---

[1] **Puchta**, Vorles. zu den Pand. §. 247. **Sintenis**, Civilr. Bd. 2. §. 94. **Wächter**, Privatr. Bd. 2. §. 76 Z. II. **Schweppe**, Konk. §. 67.

[2] **Puchta**, Pand. §. 248 Note e. **Wächter**, a. a. O. S. 593. A.

tiver Gesetze an mehrfachen Orten des Rechtssystems[3] begründet. Vor Allem aber ist im Gebiete des Konkurses, als des gerichtlichen Verfahrens zur Vertheilung eines überschuldeten Vermögens an die Gläubiger, einerseits in Kraft der l. 6 §. 7 D. quae in fraudem cred. (42,8) „omnium creditorum par conditio facta est," eine Gemeinschaft der Gläubiger mit der Wirkung im Allgemeinen, daß diese nicht abgesondert, sondern nur in Verbindung mit einander Befriedigung erlangen können, andererseits eine gesetzliche Rangordnung unter denselben und damit ein bestimmter Vorrang des einen Rechts vor dem anderen anerkannt und festgesetzt worden.[4] Den Bestimmungsgrund für den Vorzug der Rechte hat das gemeine Recht theils der Rücksicht auf die Person des Berechtigten, theils der Bedeutung des Forderungsverhältnisses selbst entnommen. Dagegen hat ein auf die bloße Thatsache des Alters gebauter Vorzug nach der Bestimmung der cst. 6 Cod. de bonis auth. jud. poss. (7,72)[5] weder im Gebiete der Rechtsverfolgung außerhalb des Konkurses, mit Ausnahme der oben erwähnten Modifikationen, noch auch im Konkursverfahren eine Stelle gefunden. Ein solcher vermag daher vom Standpunkte des gemeinen Rechts auch durch den Umstand nicht begründet zu werden, daß von mehreren auf Befriedigung bei der zuständigen Behörde klagenden Gläubigern der eine vor dem anderen eine **Verfügung auf Zahlung** wider den Schuldner erlangt, da der Zahlungsbefehl mit dem Wesen der Forderung Nichts zu schaffen hat, vielmehr nur einen durch die Behörde vermittelten Fortschritt in der Rechtsverfolgung des Gläubigers bildet.

---

[3] Z. B. l. 11 §. 7. D. de min. (4,4.)

[4] Puchta, a. a. O. §. 247 ff. Bayer, Konk. §. 1. 27.

[5] „Possessione bonorum itemque venditione aequali portione pro rata debiti omnibus creditoribus consuli potest," vergl. auch l. 32. D. de reb. auct. jud. poss. (42,5.)

Dem Ausgeführten zufolge steht es 1) den einzelnen Gläubigern vor der Eröffnung des Konkurses wider den Schuldner zu, unabhängig von und vor anderen selbst vorzüglicheren Forderungen nach dem Grundsatz der l. 6 §. 7 D. quae in fraudem cred. (42, 8) „sibi enim vigilavit“ Befriedigung durch Prävention mit und ohne Hilfe des Richters, von der Paulianischen Klage natürlich abgesehen, zu erlangen. [6]

Treffen aber 2) mehrere in der Verfolgung ihrer Ansprüche, beziehungsweise in der Prävention begriffene Gläubiger, von welchen noch keiner in der Lage ist, welche er vermöge seines Rechtes beanspruchen kann, zusammen: so ist auf die Ansprüche sämmtlicher die gebührende Rücksicht zu nehmen, und es haben dieselben das Exekutionsobjekt oder den Erlös daraus nach Verhältniß der Größe ihrer Forderungen unter sich zu theilen.

II. Anlangend das württ. Recht, so ist eine abweiweichende Norm in dieser Beziehung der Gesetzgebung vor der Emanation der Pfand-, Prioritäts- und Exekutionsgesetze vom 15. April 1825 nicht zu entnehmen. Denn auch das württ. Recht hat anschließend an das gemeine einen Vorzug des Alters chirographarischer Forderungen selbst im Konkurse nicht anerkannt, [7] von welcher Regel auch die Forderungen der Wechselgläubiger, welche in der dritten Abtheilung der dritten Klasse zugleich mit den Privathypotheken locirt wurden, keine Ausnahme bilden, in so fern denselben eben damit ein Privatpfand als stillschweigend eingeräumt galt. [8]

Ein Vorzug der Zeit im Verhältniß mehrerer persönlicher Forderungen außerhalb des Konkurses läßt sich

[6] **Puchta**, a. a. O. **Bayer**, §. 27 Note 1. **Schweppe**, Konk. §. 81. 83 Nr. 4.

[7] Landrecht. Thl. I. Tit. 75. §. 36. **Gmelin**, Ordnung der Gläubiger rc. §. 18, 137, 138.

[8] **Wächter**, Privatr. Bd. 1. S. 631.

weiterhin auch nicht aus der Gesetzgebung des J. 1825, wie dieß Volley[9] anzunehmen scheint, ableiten.

Nachdem im Eingang des Prioritätsgesetzes als Beweggrund zur Erlassung einer allgemeinen Prioritätsordnung der enge Zusammenhang des Pfandgesetzes mit den Bestimmungen über die Vorzüge der Gläubiger im Konkurse bezeichnet ist, verordnet der Art. 1 desselben, daß die Vertheilung des Vermögens eines in Konkurs gerathenen Schuldners nach 5 Klassen zu geschehen habe, — der Art. 14 sodann, daß zu den Gläubigern der vierten Klasse c) diejenigen gehören, welche einen obrigkeitlichen Zahlungsbefehl für eine eingeklagte Forderung vor entstandenem Konkurs erlangt haben, — der Art. 15 endlich, daß die Gläubiger dieser Klasse unter sich ihre Befriedigung nach dem Vorzug der Zeit erhalten. Der klare und bestimmte Wortlaut des Gesetzes setzt somit als Bedingung für das Zutreffen dieses Vorzuges den Konkurs, d. h. die Eröffnung des gerichtlichen Verfahrens zur Vertheilung eines überschuldeten Vermögens an die Gläubiger in Gemäßheit der Art. 160 ff. des IV. Ediktes vom 31. Dez. 1818 voraus.

Eine über den Wortsinn des vom Gesetze gebrauchten Ausdrucks „Konkurs" hinausgehende Intention des Gesetzgebers läßt sich weder aus den Motiven des Gesetzes, noch aus dem Berichte der ständischen Kommission, noch aus den ständischen Verhandlungen, woselbst einzig und allein davon, die Ordnung der Gläubiger im Konkurse zu regeln, ausgegangen wird,[10] entnehmen.

Ebensowenig kann die Anwendung der Vorzugsrechte im Konkurs auf das Schuldverfahren außer dem Konkurs durch die Gesetzesanalogie gerechtfertigt werden. Abge-

---

[9] Comm. Bd. 1 S. 395. Z. 2. Vergl. auch Bazing, Ges. u. Verordn. über das Gantw. S. 1 Nr. 1.

[10] Verh. d. K. d. Abg. v. 1823/24, 3. außerordentl. Beil.-Heft S. 88 ff., 334 ff. u. H. IX. S. 978 ff.

sehen nämlich davon, daß es sich von einem im positiven Rechte übergangenen Falle, für welchen aus der Entscheidung eines verwandten eine Norm zu schöpfen wäre, gar nicht handelt, da in Ermanglung eines Vorzuges die Regel gleichmäßiger Betheiligung gilt, würde die fragliche Ausdehnung des Gesetzes dem Grundsatze widerstreiten, daß eine singuläre Rechtsnorm nicht analog angewendet werden soll. [11] Singuläres Recht aber bildet das Prioritätsgesetz, was insbesondere den Vorzug des Alters unter den Forderungen IV. Klasse betrifft, in so fern, als dasselbe für das bestimmte Rechtsverhältniß des Konkurses eine Norm aufstellt, welche von dem regelmäßigen Rechte abweicht, und ihren Grund in dem Streben hat, mit Rücksicht auf den Personalkredit an der Stelle der Privathypotheken der bisherigen Konkursordnung ein auf das Prinzip der Vigilanz der Gläubiger gebautes Surrogat zu schaffen, [12] ohne daß ein Anhaltspunkt für die Annahme vorliegt, es habe der Gesetzgeber die singuläre Rechtsnorm auch in anderen, selbst verwandten Fällen angewendet wissen wollen. Gegen die Statthaftigkeit der Gesetzesanalogie spricht endlich der Umstand, daß der Art. 20 des Prioritätsgesetzes vorschreibt: die darin eingeräumten Vorzugsrechte seyen nach dem Buchstaben des Gesetzes zu beurtheilen, und lassen keine analoge Ausdehnung zu. Hiedurch hat das Gesetz selbst seine Anwendbarkeit auf andere von ihm nicht genannte Fälle für ausgeschlossen erklärt, [13] und somit eine analoge Anwendung auf das Schuldverfahren außer dem Konkurs als unstatthaft bezeichnet.

Dem Ausgeführten zu Folge läßt sich eine auf das Gesetz gebaute Berechtigung, beziehungsweise Verpflichtung der mit einer persönlichen Klage auftretenden Gläubiger,

[11] Wächter, a. a. O. Bd. 2 S. 59 Z. 6.
[12] 3. außerord. Beil.-H. a. a. O.
[13] Wächter, a. a. O. S. 58. Z. 4. N. 11.

nach Maßgabe der Vorzugsrechte im Gante, — in so lange ein Konkursverfahren wider den Schuldner nicht eröffnet ist, — behandelt zu werden, weder aus dem Wortlaute noch aus dem muthmaßlichen Willen des Gesetzes ableiten.

Hieran vermag auch der Umstand Nichts zu ändern, daß an einzelnen Orten des Pfand- und Exekutionsgesetzes vom 15. April 1825 die Anwendbarkeit der für den Konkurs geltenden Grundsätze auf die bloße Konkurrenz der Gläubiger ausgesprochen ist. Was nämlich insbesondere die Bestimmung des Art. 96 des Pfandgesetzes, daß die Ordnung der Befriedigung mehrerer Gläubiger, welchen ein Unterpfand auf einer Sache bestellt ist, in und außer dem Konkurs nach der Zeit des Eintrages der Pfandrechte im Unterpfandsbuch sich richte, ferner die hiemit übereinstimmende Vorschrift des Art. 112 des Pfandgesetzes vergl. mit Art. 50 des Exekutionsgesetzes betrifft: so erscheinen dieselben nicht als singuläre Grundsätze des Konkurses, vielmehr als die nothwendigen Folgerungen aus dem Wesen des Pfandrechtes überhaupt, durch welches dem Gläubiger ein dingliches Recht an einer bestimmten Sache, das Recht, aus dieser zur Befriedigung einer Forderung sich bezahlt zu machen, gewirkt wird.[14] Der Art. 95 des Pfandgesetzes sodann hat die Konkurrenz der Gläubiger und den Konkurs nur in der dort bezeichneten einzelnen Richtung und zwar darum gleichgestellt, weil in beiden Fällen der um seine Pfandforderung befriedigte Gläubiger nicht der einzige ist, welcher den Ueberschuß aus dem Pfanderlöse anzusprechen hat. Auch durch den Art. 68 des Exekutionsgesetzes, betreffend die Anwendung der Vorschriften über den öffentlichen Verkauf von Gütern auf den Konkurs, ferner durch den Art. 72 desselben Gesetzes, wonach die Vorschriften der

---

[14] **Puchta, Pand. §. 193. Wächter, a. a. O. S. 591. Z. 3. l. 4. 8. Cod. qui pot. in pign. (8, 18.)**

Art. 70 und 71 Abs. 2 über die Vornahme erneuerter Aufstreichsverhandlungen auch auf den öffentlichen Verkauf von Gütern außer dem Konkurs Anwendung leiden sollten, ist eine allgemeine Regel nicht ausgedrückt worden. Endlich hat sich auch das Gesetz vom 13. Nov. 1855, betreffend die Abänderung ꝛc. darauf beschränkt, die von ihm ertheilten Vorschriften über den öffentlichen Verkauf von Gütern auf die Güterveräußerung im Konkurs unter den im Art. 27 angeführten Modifikationen für anwendbar zu erklären.

Das Hervorheben einzelner Beziehungen, in welchen von der Uebertragung der Grundsätze des Konkurses auf die bloße Konkurrenz der Gläubiger die Rede ist, weist hienach darauf hin, daß eine gleiche Behandlung beider nur in den vom Gesetze besonders bezeichneten Fällen statthaben soll.

III. Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß die Vorzugsrechte der persönlichen Forderungen in dem Schuldverfahren außer dem Konkurse keine gesetzliche Anwendung leiden. Es hat daher für das Verhältniß derselben die gemeinrechtliche Regel, daß die mehreren Forderungen einen gleichmäßigen Anspruch auf Befriedigung haben, einzutreten, ohne daß ein Vorzug des Alters durch die Zeit, sey es der Entstehung der Forderung, sey es des früheren oder späteren Andringens der Gläubiger auf Verfügung zur Zahlung begründet würde. Hieraus folgt weiterhin, daß der Vorrang der einen Forderung vor der anderen nach Maßgabe der Zeit der für sie ausgewirkten Zahlungsbefehle abgesehen vom Konkurs nimmermehr Gegenstand eines Rechtsstreites zweier Partheien und einer der Rechtskraft fähigen Entscheidung des Richters seyn kann. Die Einleitung eines civilprozessualischen Verfahrens über den für eine Forderung außerhalb des Konkurses geltend gemachten Zeitvorzug ist daher sammt dem den Anspruch materiell würdigenden Erkenntnisse für gesetz- und ordnungswidrig zu erachten.

Die gegentheilige Annahme würde überdiß zu unlösbaren rechtlichen Unzuträglichkeiten führen. Man setze den Fall, daß diejenigen drei Gläubiger, welche im späteren Gante des Schuldners die vierte Klasse bilden, schon vor dem Gante in einen Streit über den Vorzug ihrer mit Zahlungsbefehlen versehenen Forderungen gerathen, und daß hiebei C. vor dem Gerichte des Wohnortes des A. mit seinem Anspruch auf Vorzug vor diesem unterliegt, bei dem Gerichte des Wohnorts des B. sodann über diesen obsiegt, B. aber in dem von ihm mit dem A. geführten Rechtsstreite den Vorrang vor dem letzteren erstreitet. Hier läßt sich die Norm nicht absehen, nach welcher das Gantgericht im späteren Gante des Schuldners die außerhalb desselben von den Gerichten des Wohnortes der Beklagten festgestellten widerstreitenden Ansprüche der Gläubiger zu behandeln hätte. Man setze ferner den Fall, daß vor dem Gante des Schuldners dem B. ein Zeitvorzug vor dem A. von dem Gerichte des Wohnorts des letzteren zuerkannt wird, im späteren Gante des Schuldners aber der, beiden nachfolgende, Gläubiger C. von dem Gantgerichte mit seinem Angriff auf das Vorzugsrecht des A. unterliegt, mit dem Angriff wider den B. dagegen, weil etwa das Gantgericht eine andere Ansicht über die Bedeutung einer dem Schuldner gewährten Borgfrist hat, obsiegt. Auch in diesem Falle ließe sich das Verhältniß nicht absehen, in welchem die Ansprüche der drei Gläubiger im Gante des Schuldners zur Befriedigung zu bringen wären.

Dem Ausgeführten zu Folge hielt der Gerichtshof zu Eßlingen die Aufhebung des oberamtsgerichtlichen Verfahrens sammt dem Erkenntnisse und dem Sportelansatze für geboten, überließ jedoch die Stellung der ihnen sachdienlich scheinenden Anträge den Betheiligten.

---

7) Ueber das Landstandschaftsrecht der Standesherren.

(Von Herrn Direktor v. Geßler.)

I. Durch den Art. 14 der deutschen Bundesakte sind den vormals reichständischen Familien sowohl hinsichtlich ihrer Person als ihrer Besitzungen gewisse Vorrechte garantirt, die man inzwischen theils als dingliche, theils als persönliche Rechte bezeichnete. Der für die Natur und den Charakter dieser Rechte zunächst maßgebende Artikel lautet wörtlich also:

„Um den im Jahr 1806 und seitdem mittelbar gewordenen ehemaligen Reichsständen und Reichsangehörigen in Gemäßheit der gegenwärtigen Verhältnisse in allen Bundesstaaten einen gleichförmig bleibenden Rechtszustand zu schaffen, so vereinigen die Bundesherren sich dahin:

a) Daß diese fürstlichen und gräflichen Häuser fortan nichts destoweniger zu dem hohen Adel in Deutschland gerechnet werden und ihnen das Recht der Ebenbürtigkeit in dem bisher damit verbundenen Begriffe verbleibt;

b) Sind die Häupter dieser Häuser die ersten Standesherren in dem Staate, zu dem sie gehören. Sie und ihre Familie bilden die privilegirteste Klasse in demselben, insbesondere in Ansehung der Besteuerung;

c) Es sollen ihnen überhaupt in Rücksicht ihrer Personen, Familien und Besitzungen alle diejenigen Rechte und Vorzüge zugesichert werden, oder bleiben, welche aus ihrem Eigenthum und dessen ungestörtem Genusse herrühren, und nicht zu der Staatsgewalt und den höheren Regierungsrechten gehören.

Unter vorerwähnten Rechten sind insbesondere und namentlich begriffen:

1) Die unbeschränkte Freiheit, ihren Aufenthalt in jedem zu dem Bunde gehörenden oder mit demselben im Frieden lebenden Staate zu nehmen.

2) Werden nach den Grundsätzen der früheren deutschen

Verfassung die noch bestehenden Familienverträge aufrecht erhalten und ihnen die Befugniß zugesichert, über ihre Güter und Familienverhältnisse verbindliche Verfügungen zu treffen, welche jedoch dem Souverän vorgelegt, und bei den höchsten Landesstellen zur allgemeinen Kenntniß und Nachachtung gebracht werden müssen. Alle bisher dagegen erlassene Verordnungen sollen für künftige Fälle nicht weiter anwendbar seyn.

3) Privilegirter Gerichtsstand und Befreiung von aller Militärpflichtigkeit für sich und ihre Familien.

4) Die Ausübung der bürgerlichen und peinlichen Gerichtspflege in erster, und wo die Besitzung groß genug ist, in zweiter Instanz, der Forstgerichtsbarkeit, Ortspolizei und Aufsicht in Kirchen= nnd Schulsachen, auch über milde Stiftungen jedoch nach Vorschrift der Landesgesetze, welchen sie, sowie der Militärverfassung und der Oberaufsicht der Regierungen über jene Zuständigkeiten unterworfen bleiben.

Bei den näheren Bestimmungen der angeführten Befugnisse sowohl, wie überhaupt und in allen übrigen Punkten wird zur weiteren Begründung und Feststellung eines in allen deutschen Bundesstaaten übereinstimmenden Rechtszustandes der mittelbar gewordenen Fürsten, Grafen und Herren die in dem Betreff erlassene königlich bayerische Verordnung vom Jahr 1807 als Basis und Norm untergelegt werden."

II. Ueber den Charakter der nach Maßgabe der Bundesakte den Standesherren zustehenden Rechte spricht sich dieselbe nicht näher aus. Einzelne dieser Rechte — das Recht des freien Aufenthaltes, der Ebenbürtigkeit, die Eigenschaft des hohen Adels, die Dispositionen hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse der Familie, der privilegirte Gerichtsstand, soweit es sich nicht um sog. Realklagen handelt, sind unzweifelhaft persönliche, andere, wie die Patrimonialrechte (Gerichtsbarkeit, Polizei rc.) und dergleichen sind ebenso unzweifelhaft dingliche Rechte, dagegen können mehrere dieser Rechte ebensowohl dinglicher als persönlicher Natur seyn, und zu

diesen letzteren gehört insbesondere das Landstandschaftsrecht. Ueber den Charakter dieser Rechte überhaupt hat sich aber die Bundesakte, wie bemerkt, nicht näher ausgesprochen. Anders war dieses allerdings bei der Rheinbundsakte. In Art. 27 derselben sind die Gerichtsbarkeit und die Polizei ausdrücklich als „Herrschafts- und Feudalrechte" sonach als dingliche Rechte den Standesherren eingeräumt, und hinsichtlich der sonstigen Vorrechte der Güter und Domänen ist ausdrücklich bestimmt, daß sie der privilegirtesten Klasse dieser Güter gleichgehalten, ihnen somit diese Privilegien als dingliche verliehen werden sollen und es ist hiebei nur hinsichtlich der Veräußerung dieser Güter die beschränkende Bestimmung beigefügt, daß sie vor derselben dem Landesherrn angeboten werden müssen und an keinen dem Rheinbund fremden Souverän verkauft werden dürfen. Dagegen ist die Rheinbundsakte mit der Einräumung persönlicher Vorrechte um so karger, und erwähnt in dieser Beziehung nur des Rechts auf ein Gericht von Ebenbürtigen, sowie der freien Wahl der Residenz. Herrscht so in der Rheinbundsakte vorzugsweise der Charakter der Dinglichkeit der den Mediatisirten für ihre Besitzungen verliehenen Rechte vor, und sind dieselben in dieser Akte nur als die „regierenden Fürsten und Grafen" ohne Beziehung auf Haus und Familie angeführt, deren in Art. 28 und 31 nur unter dem Titel der „Erben" Erwähnung geschieht, so ist in der Bundesakte die Beziehung auf das Haus und die standesherrliche Familie die vorherrschende. Auf diesen Charakter ist in der Bundesakte dem wahren Typus der früheren Verhältnisse entsprechend ein entschiedenes Gewicht gelegt, wenn in Art. 14 a) von den „fürstlichen und gräflichen Häusern," in b) von den Häuptern dieser Häuser" von „ihnen und ihren Familien" die Rede ist, in Ziff. c) ihren Personen, Familien und Besitzungen gewisse Vorrechte gesichert werden, in Ziff. 2) „nach den Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung die noch bestandenen Familien-Verträge aufrecht erhalten, und die

Privilegien hinsichtlich des Gerichtsstandes und der Militärpflicht ihnen und ihren Familien verliehen werden.

III. Dieser Unterschied der Rheinbundsakte und der Bundesakte hinsichtlich der Auffassung der Rechte der Standesherren ist kein zufälliger und bedeutungsloser, sondern ein in der geschichtlichen Entwicklung und der herrschenden Zeitrichtung begründeter, weßhalb er bei der Auslegung der betreffenden Bestimmungen beider Urkunden und insbesondere bei der Entwicklung des Charakters der einzelnen den Standesherren verliehenen Rechte strenge im Auge zu behalten ist. Für eine neu gebildete Dynastie, wie die Napoleonische und für die damals noch allgemein herrschende nivellirende Zeitrichtung konnte es sich bei der Schaffung des unter des Kaisers Protektorate stehenden Rheinbundes an sich nicht darum handeln, die Grundsätze des erblichen Fürstenrechtes für die Mediatisirten unter ihre besondere Protektion zu nehmen, dem Geist seines Reichs, in dem kaum erst die Abschaffung des früheren Adels als eines besonderen Standes proklamirt worden war, konnte es ebensowenig entsprechen, in dem Rheinbunde für die Aufrechthaltung des früheren Reichsadels in seiner Abgeschlossenheit, wenn auch in einer durch die Verhältnisse modifizirten Form Sorge zu tragen, vielmehr mußte das Bestreben dieser Dynastie der herrschenden Zeitrichtung, der sie ihr Daseyn verdankte, entsprechend darauf gerichtet seyn, diesen Adel *als solchen* und als einen für sich abgeschlossenen Stand möglichst zu beseitigen und in dem unter dieser Dynastie geschaffenen neuen Verdienstadel aufgehen zu lassen, die ehemaligen reichsständischen „Fürsten und Grafen" sollten Fürsten und Grafen ohne die historischen Erinnerungen und die historische Bedeutung „ihres Hauses" gleich den von Napoleon aus seinen Marschällen und Generalen geschaffenen Grafen und Fürsten werden. Hiemit ging auch das Interesse der den Rheinbund bildenden Souveräne aus nahe liegenden Gründen Hand in Hand.

Anders verhält sich dieß zur Zeit der Emanirung der

Bundesakte. Die Erhebung der deutschen Retter gegen die Fremdherrschaft war eine wesentlich nationale. Hundertjährige in das Volk eingelebte Rechte waren mit Füßen getreten worden, der nivellirende Geist, dessen die napoleonische Dynastie als Kind der französischen Revolution auch bei allem da und dort zu Tage tretenden inneren Widerstreben sich nicht entschlagen konnte, mußte in der von ihm eingeführten abstrakten Gleichheit naturnothwendig zu einem Alles in sich aufgehen lassenden Despotismus führen, unter dem nur die Gewalthaber selbst, soweit nicht ihre Abhängigkeit von dem Despotismus eines Höheren sie genirte, sich behaglich befinden konnten. Die Nothwendigkeit einer organischen Gliederung des Staatslebens machte sich bei der nationalen Verschiedenheit der Franzosen mit ihrem mehr abstrakt mathematischen Geiste und der Deutschen mit ihrem Sinn für organische Entwicklung in Deutschland insbesondere fühlbar. Die Wiederherstellung eines dem früheren Rechtszustande entsprechenden Rechtszustandes, dessen Aenderung in einer der Entwicklung des modernen Zeitbewußtseyns adäquaten Form durch die eingetretene Zwischenherrschaft wenn auch naturnothwendig doch gewaltsam gestört worden war, wurde von allen Seiten angestrebt, und hiemit war denn auch die schon durch den Begriff des Erbadels bedingte Berechtigung der ehemals reichsständischen Familien als solcher in ihre angestammten Hausrechte wieder eingesetzt zu werden, um so mehr von selbst gegeben, als sich im deutschen Rechte der Begriff der Familie in eigenthümlicher Weise entwickelt hatte. Konnte daher auch der von den damaligen Standesherren angestrebten Wiederherstellung ihrer Landeshoheit nicht entsprochen werden, so mußte um so mehr die Berechtigung der Wiederherstellung des früheren Charakters der Familie anerkannt werden. Es ist daher eine nothwendige Folge dieser Anschauung, daß in der Bundesakte der dingliche Charakter der betreffenden Rechte mehr in den Hintergrund tritt, und dagegen auf die Wiederherstellung der Berechtigung der Familie als solcher, nicht der einzelnen Person das Hauptgewicht

gelegt wird. Eben deßhalb ist es aber auch geboten, bei der Auslegung der einzelnen Bestimmungen der Bundesakte und der auf dieselbe zu stützenden Entwicklung des Charakters der einzelnen Rechte diesen Grundbegriff nicht aus den Augen zu verlieren.

IV. Daß die Bundesakte den dinglichen Charakter derjenigen Rechte nicht ändern wollte, welche schon die Rheinbundsakte in dieser Eigenschaft anerkannt hatte, wird man sowohl nach der Natur dieser Rechte an sich, als nach der Fassung der Bundesakte selbst als ausgemacht ansehen dürfen, und es ist dieß auch unseres Wissens nirgends bestritten. Daß sodann auch die oben (§. 2) als persönlich (obgleich dem ganzen Hause zustehend) angeführten Rechte doch deßhalb rein persönlich bleiben, weil sie nur von der einzelnen Person für sich ausgeübt werden können, wird sich ebensowenig beanstanden lassen. Anders aber verhält sich dieß unseres Erachtens mit dem Landstandschaftsrechte der Standesherren, das bestimmt ist, ein Surrogat für die ehemalige Reichsstandschaft zu bilden. Nach der Bundesakte soll dieses Recht nicht den einzelnen Gliedern der standesherrlichen Familien als solchen, sondern den „Häuptern dieser Häuser" zustehen (Ziff. b des Art. 14) und die Bundesakte selbst verweist hinsichtlich der Wahrung der Familienrechte dieser einzelnen Häuser in Ziff. 2 ausdrücklich darauf, daß „nach den Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung die noch bestehenden Familienverträge aufrecht erhalten werden, und alle bis daher dagegen erlassenen Verordnungen für künftige Fälle nicht weiter anwendbar seyn sollen. Weist nun schon der Charakter dieses Standschaftsrechtes, sowie die Richtung der Bundesakte auf die Wiederherstellung eines den früheren Verhältnissen entsprechenden Rechtszustandes der Standesherren darauf hin, für zweifelhafte Fragen in den Quellen des alten Rechts zugleich die Entscheidung zu suchen, so liegt in der Verbindung des Standschaftsrechtes mit dem Hausrechte der Familie „verbis: die Häupter dieser Häuser" und in der ausdrücklichen Verweisung auf die „Grundsätze der

früheren deutschen Verfassung" gerade für diese Familienrechte in der Bundesakte selbst für den vorliegenden Fall eine positive Aufforderung vor, die es nicht nur rechtfertigt, sondern zur Nothwendigkeit macht, bei der Entscheidung dieser Frage die Normen des vormaligen Reichsrechtes als maßgebende Quelle ins Auge zu fassen.

Nach dem älteren Rechte war es nun eine ausgemachte Sache, daß der Kaiser Standeserhöhungen vornehmen konnte, namentlich befugt war, die Würde eines Fürsten oder Grafen zu ertheilen, nicht minder fest stand aber auch das, daß Sitz und Stimme in einem der Kollegien des Reichstages mit dieser Erhöhung nicht ipso jure verbunden war, oder durch die Standeserhöhung allein verliehen werden konnte, sondern neben der Verleihung durch den Kaiser von der Zustimmung der Reichsstände und dem Besitz einer reichsunmittelbaren Herrschaft abhängig war.

Wahlkapitulation Joseph II. Art. 22. §. 1. 2. Art. I. §. 5. 6.

Der Kaiser macht sich in derselben verbindlich, „keine Fürsten oder Grafen in fürstlichen oder gräflichen Collegiis an- oder aufzunehmen, sie haben sich denn vorher dazu mit einem Immediat-Fürstenthum resp. Grafschaft oder Herrschaft genugsam qualifizirt und mit einem standesmäßigen Reichsanschlag in einem gewissen Kreis eingelassen und verbunden und über solches alles neben dem churfürstlichen auch dasjenige Kollegium und Land, darinnen sie aufgenommen werden sollen, in die Admission ordentlich gewilliget," auch wollen Sich Seine Kaiserliche Majestät „einer Prorogation und Erstreckung des von einer Linie eines fürstlichen Hauses entfallenen Sitz- und Stimmrechtes auf die andere, so dergleichen nicht hergebracht ohne obverstandener chur- und fürstlicher Collegiorum Einwilligung für Sich alleinig nicht anmaßen."

Die Erlangung der Reichsstandschaft war hiernach entweder durch die hergebrachte Succession in Land und Leute, oder sofern es sich um eine neue Constituirung handelte,

durch die Verleihung des Kaisers und die Zustimmung des churfürstlichen Kollegiums und desjenigen Kollegiums, in dem der betreffende Reichsstand seinen Sitz nehmen sollte, neben dem Besitz einer ansehnlichen unmittelbaren Herrschaft bedingt. War hiernach zur Reichsstandschaft allerdings der Besitz eines hiezu qualifizirten Guts erforderlich, so war sie doch kein auf dem Gut haftendes dingliches Recht, das auf jeden Besitzer, auch wenn er sonst die erforderlichen persönlichen Qualifikationen besaß, durch die Erwerbung des Gutes hätte übertragen werden können, vielmehr konnte sie nur auf dem Wege der hergebrachten Erbfolge auf einen Andern übergehen. Wie dieser Grundsatz in den Wahlkapitulationen mit Entschiedenheit festgehalten wurde, so wurde er auch in der Praxis strenge gehandhabt. Dieß beweist am Besten die Verwahrung, welche der größte Theil des fürstlichen Kollegiums gegen die Ueberlassung des fürstlich grubenhagenschen Votums durch den König von Großbritannien an den Herzog Ludwig Rudolph zu Braunschweig-Wolfenbüttel im Jahr 1715 mit folgenden Worten einlegte:

„Daß man zwar Ihrer Kaiserl. Majestät zu Ehren und Ihrer großbritannischen K. Majestät auch dem übrigen gesammten Hause Braunschweig-Lüneburg zu sonderbarem Gefallen diese Sache pro re domestica ansehen und Ihrer Durchlaucht dem Herrn Herzogen Ludwig Rudolphen bei den in ihrer Person concurrirenden ganz besondern oben angeführten und andern Considerationen, auch weil hiedurch die Anzahl der Doctorum im fürstlichen Collegio nicht vergrößert werden, die Ehre, von wegen des Fürstenthumes Grubenhagen in diesem Collegio zu sitzen, und zu votiren, gerne gönnen, jedoch dabei feierlichst bedungen haben wollte, daß Solches von Niemand, wer der auch sey, zur Consequenz gezogen, viel weniger auf eine andere nicht auf alle oben erwähnten Umstände sich qualifizirende casus applizirt werden sollte, und daß man von dem in den Reichssatzungen und der Observanz begründeten principio, kraft dessen Niemand in diesem Collegio votum et sessionem haben kann, der

nicht ein solches Fürstenthum, dem dieses Recht consensu statuum anklebt, jure proprio et territoriali besitzt, nicht im geringsten hiedurch abweichen, sondern demselben vielmehr beständig und durchgehends in allen anderen Fällen inhäriren wolle."

Ebenso ist schon in den Reichsabschieden vor der angeführten Wahl-Kapitulation z. B. in den Regensburger Reichsabschieden vor 1641, §. 97—98 und von 1654, §. 197 die gleiche Bestimmung jedoch mit der Modifikation enthalten, daß statt des einzelnen Collegiums, das gehört werden sollte, „Vorwissen und Consens der Churfürsten und Stände überhaupt gefordert wird", worauf die Reichsstädte bekanntlich die Forderung stützten, bei der Aufnahme Einzelner in das Fürsten- und Grafen-Collegium gleichfalls gehört zu werden.

V. Die Bundesakte hatte nun aber an sich nur den Beruf und die Aufgabe, die seitherigen Rechte der standesherrlichen Familien auf eine den veränderten Verhältnissen und der Subjektion unter ihre nunmehrigen Souveräne entsprechende Weise zu ordnen, und sicher zu stellen, nicht aber denselben weiter gehende Rechte einzuräumen, oder für die weitere Ausbildung des Instituts in einem dem anderen Staate entsprechenden Sinne Sorge zu tragen, letztere Aufgabe hatte sie vielmehr der Landesgesetzgebung und der Verfassung der einzelnen Staaten selbst zu überlassen. Würde schon aus dieser Absicht, die an der Spitze des Art. 14 der Bundesakte mit klaren Worten ausgesprochen ist, mit Entschiedenheit folgen, daß über die früheren reichsverfassungsmäßig den einzelnen Häusern zustehenden Rechte hinaus, den standesherrlichen Familien keine anderen eingeräumt werden sollten und wollten, und daß somit bei einer zweifelhaften Frage die in der Reichsverfassung mit klaren Worten ausgesprochenen Grenzen zwar auch für die analog eingeräumten Rechte ziel- und maßgebend seyen, so findet diese Ansicht hinsichtlich des Standschafts-Rechtes ihre positive Bestätigung in dem Art. 14 der Bundesakte selbst, der ausdrücklich nur den Häuptern dieser Häuser die Standschafts-Rechte zuerkennt, und weiter fest-

setzt, daß die noch bestehenden Familienverträge nach den Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung aufrecht erhalten bleiben, sonach hinsichtlich des Eintrittes in die Rechte eines Hauptes der standesherrlichen Familie gerade auf das verweist, was auch für den Eintritt in die Rechte der Reichsstandschaft maßgebend war, nämlich die hergebrachte und observanzmäßig festgesetzte Erbfolge in die Güter der Familie. Es scheint daher überall keinem Zweifel unterworfen werden zu können, daß die hinsichtlich des Uebergangs einer Reichsstandschaft auf einen Andern geltenden Bestimmungen des früheren Reichsstaatsrechtes auf dieses Recht der Standesherren, soweit es sich um den Standpunkt der Bundesakte handelt, gleichmäßige Anwendung zu finden haben. — Die Folgerungen aber, die sich hieraus ergeben, sind einfach. Von einer Constituirung neuer Standesherren oder Standesherrschaften im Sinne der Bundesakte kann, da die Voraussetzungen hiefür nicht mehr existiren, nicht die Rede seyn, und zu einem Anspruch auf die Standschaft ist auf den Grund der Bundesakte nur derjenige Standesherr befugt, der im Wege der hergebrachten Erbfolge in den Besitz der Güter gekommen, und Haupt der Familie geworden ist, nicht aber irgend ein anderes Glied sey es derselben, oder einer anderen standesherrlichen Familie, das durch Kauf oder einen anderen Erwerbtitel, mit Ausnahme der hausgesetzmäßigen Erbfolge in den Besitz eines standesherrlichen Gutes gekommen ist. Hienach hat jede eigentliche Veräußerung der standesherrlichen Besitzungen den Verlust der Standschaft im Sinne der Bundesakte zur naturnothwendigen Folge und dieß selbst dann, wenn das Haupt der Familie diese Besitzung nachher durch Kauf oder auf einem anderen Wege als dem der gesetzlichen Erbfolge wieder an sich bringt, da er alsdann nicht jure proprio et territoriali im Sinne des Reichsstaatsrechtes, sondern in Folge eines anderen Erwerbtitels die Standesherrschaft inne hat. Eine Wiedererlangung dieses Rechtes ist auf den Titel der Bundesakte nicht möglich und

eine Erhaltung des Rechtes bei der Veräußerung der Besitzungen an ein Glied derselben Familie, welcher der Veräußernde angehört, erscheint nur dadurch als ausführbar, daß derselbe durch den Verzicht des zunächst zur Erbfolge Berechtigten, der ohnedem in der Regel zur Rechtsgiltigkeit der Veräußerung an sich erforderlich ist, in die Form der hausgesetzlichen Erbfolge gebracht wird. Im Sinne der Bundesakte ist daher die Zahl der Standesherren insofern als eine geschlossene anzusehen, als nicht durch hausgesetzmäßige Sekundogenituren eine observanzmäßige Erbfolge in mehrere bei dem Eintritt der Sekundogenituren sich je für sich constituirende Standesherrschaften möglich ist. Es kann sogar von diesem Standpunkte aus die Frage aufgeworfen werden, ob der Souverän für sich zu Errichtung weiterer Standesherrschaften ohne Zustimmung der bereits bestehenden Standesherren überhaupt befugt sey, soweit nicht in der Landesverfassung selbst hierüber Bestimmungen gegeben sind.

VI. Mit diesen aus der Bundesakte selbst und einem genaueren Eingehen auf ihre Bestimmungen hervorgehenden Sätzen dürfte sich nun auch bei genauerer Prüfung das württembergische Recht hinsichtlich der Standschaft im Einklange befinden. Uebereinstimmend mit der Bundesakte setzt die württembergische Verfassungsurkunde in §. 129 fest, daß die Kammer der Standesherren außer den Prinzen des K. Hauses und den erblich oder lebenslänglich ernannten Mitgliedern bestehe:

„Aus den Häuptern der fürstlichen und gräflichen Familien, und den Vertretern der standesherrlichen Gemeinschaften, auf deren Besitzungen vormals eine Reichs- oder Kreistagsstimme geruht hat."

Die Verfassungsurkunde erkennt somit die Standschaft nicht jedem Gliede einer standesherrlichen Familie zu, das sich im Besitz eines hiezu geeigneten Gutes befindet, sondern nur den Häuptern dieser Familien. Haupt der Familie konnte aber schon damals, zumal nach der durch die Bundes-

akte verfügten Restitution der bestehenden Familienverträge, nach den Grundsätzen der deutschen Verfassung nicht jedes beliebige Glied einer standesherrlichen Familie durch den auf irgend eine Weise erfolgten Erwerb einer standesherrlichen Besitzung werden, sondern die Erwerbung dieser Eigenschaft war und ist durch den auf dem Weg der hausgesetzlichen Succession erfolgten Antritt der Familienbesitzungen ordentlicher Weise bedingt. Es ist somit auch nach dieser Bestimmung der Begriff eines Standesherrn ein durch die Successionsbestimmungen der einzelnen fürstlichen und gräflichen Häuser bedingter und insofern keiner willkürlichen Erörterung fähig. Ein Glied einer standesherrlichen Familie, das durch Kauf oder auf irgend eine andere Weise als der der hausgesetzlichen Erbfolge in den Besitz einer Standesherrschaft kommt, wird dadurch nicht Haupt der seitherigen standesherrlichen Familie, sondern bleibt zu derselben in dem Verhältniß eines Gliedes dieser Familie. Daß die Verfassungsurkunde mit ihrer Bestimmung eine andere Feststellung der Rechtsverhältnisse der Standesherren im Auge gehabt habe als die Bundesakte, dürfte schon an sich und um so weniger anzunehmen seyn, als es sicher nicht zufällig ist, wenn sie übereinstimmend mit der Bundesakte von „Häuptern der Häuser, beziehungsweise Familien“ spricht. Es geben aber auch andere Bestimmungen der Verfassungsurkunde entschieden an die Hand, daß sie an eine andere als die erbliche Erwerbung des Standschaftsrechtes, nicht gedacht hat. Einmal sind die sog. erblich ernannten Mitglieder der Kammer der Standesherren entschieden nichts Anderes als eine Nachbildung der, vermöge eigenen, der Familie zustehenden Rechtes, in der Kammer sitzenden Mitglieder, und bei ihnen ist außer Zweifel, daß dieses Recht zwar in hausgesetzlicher Weise vererbt, nicht aber auf anderem Wege an ein Glied der Familie oder einen andern Standesherrn übertragen werden kann; dann aber werden auch die vermöge der Ziff. 2 des §. 129 in der ersten Kammer sitzenden Standesherren in der Verfassungsurkunde selbst überall nur als erbliche

Mitglieder bezeichnet, so in §. 134 „und den übrigen erblichen Mitgliedern“ §. 156 „nur den erblichen Mitgliedern der ersten Kammer ist gestattet“, Bestimmungen, welche, was weder in der Doktrin, noch in der Praxis dem leisesten Zweifel unterliegt, auf die Standesherren der Ziff. 2 des §. 129 der Verfassungsurkunde unbedingt Anwendung finden.

Es stehen somit die Bundesakte und die Verfassungsurkunde hinsichtlich des Charakters dieses Rechtes vollständig im Einklang. Es ist hiernach das Standschaftsrecht ein durch den Besitz der Standesherrschaft bedingtes, deßhalb aber nicht auf derselben als rein dinglich ruhendes, der Familie zustehendes Recht zur Theilnahme an der Landesvertretung in der durch die hausgesetzliche Erbfolge geregelten Reihenfolge. Demgemäß beantworten sich auch die Fragen über die Folgen einer Veräußerung für dieses Recht einfach dahin, daß jede Veräußerung, welche nicht etwa nur eine andere Form für die hausgesetzliche Erbfolge in sich schließt, das Standschaftsrecht aufhebt, da derjenige, welcher durch eine solche Veräußerung in den Besitz der Standesherrschaft kommt, dieselbe nicht jure proprio et territoriali (§. 4) sondern aus einem anderen Titel besitzt. Selbst in dem Falle, wenn das Haupt der standesherrlichen Familie seine Besitzungen in Württemberg veräußert und nach einiger Zeit dieselben Besitzungen wieder käuflich an sich gebracht hat, kann von diesem Standpunkt aus, den wir für richtig halten, von einem dem Haupte wie seinen Nachfolgern fernerhin zustehenden Standschaftsrechte keine Rede mehr seyn. In Folge der Veräußerung hat es in Beziehung auf die württembergischen Besitzungen aufgehört, Haupt der standesherrlichen Familie mit dem Rechte der Standschaft zu seyn, in Folge des Wiederankaufs dieser Besitzungen aber kam es durch den Kauf, nicht aber durch die Eigenschaft eines Hauptes der Familie wieder in deren Besitz, es treffen somit bei ihm die Voraussetzungen nicht zu, welche zur Begründung eines Standschaftsrechtes im Sinne des Art. 14 der Bundesakte,

wie des §. 129 der württembergischen Verfassung nach obiger Ausführung erforderlich sind. Nach dieser Auffassung kann man aber auch von einem dinglichen Rechte der Standschaft, das auf dem standesherrlichen Gut als solchem haftete, nicht sprechen, vielmehr wäre dieses Recht lediglich ein der standesherrlichen Familie als solcher zustehendes Recht, das durch den hausgesetzmäßigen Besitz der vormals reichsunmittelbaren Besitzungen als solcher bedingt ist, und von irgend einer Uebertragung dieses Rechtes an Andere auf dem Wege einer sonstigen Veräußerung konnte keine Rede seyn. Genauer betrachtet dürfte diese Auffassung auch allein einer richtigen Politik entsprechen; dieselbe konnte von vornen herein nur darauf gerichtet seyn, den vormals reichsständischen Familien ein Analogon für das zu gewähren, was ihnen durch den Verlust der Reichsstandschaft entzogen worden war, und dieser Forderung war durch die Einräumung des Standschaftsrechtes unter Beschränkung auf den hausgesetzmäßigen Besitz der Familie vollkommen Genüge geschehen, dagegen konnte es weder der Würde der Regierung noch der Standesvertretung in der ersten Kammer entsprechen, die Erwerbung dieses Rechtes als solchen von den Zufälligkeiten einer Veräußerung abhängig und damit wenigstens in dem beschränkten Umfang der Standesgenossen zu einer res in commercio zu machen.

Wenn sich aber zu Begründung der dinglichen Eigenschaft der standesherrlichen Güter überhaupt auf den Art. 27. der Rheinbundsakte berufen wird, so kommt hinsichtlich des Standschaftsrechtes vor Allem in Betracht, daß die Rheinbundesakte desselben gar nicht erwähnt, eine dingliche Eigenschaft dieses Rechtes somit durch sie gar nicht begründet werden konnte, eben damit aber die dingliche Eigenschaft dieses Standschaftsrechtes eines positiven Fundaments entbehrt.

II.

Fragmente.

Präjudizien und Normalien des Obertribunals in Wechselsachen.[1]

(Von Herrn Obertribunalrath Freiherrn v. Sternenfels.)

1) Allgemeine deutsche Wechselordnung.

Art. 1.

Rechtswohlthat des Sen. cons. Vellejani.

1. Die den Frauen gegen Intercessionen zustehende Rechtswohlthat des Sen. Cons. Vellejani ist durch Art. 1 der deutschen W.-Ordnung nicht aufgehoben.

Auch durch die im württ. Einführungsgesetz Art 1 ausgesprochene Aufhebung des Kap. 2 der württ. W.-Ord. ist hieran nichts geändert.[2]

Erk. in der Plenar-Vers. des Civ.-Sen. vom 1. Dez. 1857 in Sachen Kolb c. Benedict.

---

[1] Die mit K bezeichneten Noten sind von der Redaktion beigefügt worden; die in denselben enthaltenen Allegate machen auf Vollständigkeit keinen Anspruch, dürften jedoch auch so dem Praktiker nicht unwillkommen seyn. K.

[2] Uebrigens steht den Frauen, welche durch Eingehung einer Wechselverbindlichkeit intercediren, die Einrede des S. C. Vell. nur dann zu, wenn sie auf einer gegen den Kläger unmittelbar eingegangenen Intercession beruht. Seuffert, Archiv Bd. 12 Nr. 191. Archiv f. W. R. Bd. 7 S. 307 ff. Zu vergleichen sind über obige Frage: Archiv f. W. R. Bd. 3 S. 429, Bd. 4 S. 162 ff., Bd. 6 S. 319 ff. Archiv f. prakt. Rechtswissensch. Bd. 3 S. 161 ff., Bd. 4 S. 352 ff. Borchardt, d. allg. d. W. O. S. 3. Gelpke, Zeitschr. f. Handelsrecht Heft 3 S. 129 ff. Kletke, Präjud. in Handels-, See- und W.-R.-S. S. 154. Liebe, W.-O. S. 37. Renaud, Lehrb. des W.-R. §. 79. Reyscher und Wilda, Zeitschr. f. d. R. Bd. 12 S. 317. Thöl, Handelsrecht §. 154. Zeitschr. f. Rechtspfl. in Braunschw. J. 2 S. 153—158. K.

Solidarverbindlichkeit der Frauen.

2. Durch eine von den Eheleuten gemeinschaftlich unterschriebene Wechselerklärung (Accept) wird die Ehefrau nach Art. 9 und 13 des Pfandentw.-Gesetzes von 1828, wenn sie die in Art. 5 desselben für Intercessionen von Frauenspersonen vorgeschriebenen Formen, deren Nachweis zur Klagbegründung gehört, nicht beobachtet hat, nur zur Hälfte verbindlich.

Erk. des W.-Ger. vom 22. Jan. 1858 in S. Gutmann c. Jung'sche Eheleute.

Wechselfähigkeit Minderjähriger.

3. Gegen minderjährige Erben eines Wechselschuldners kann nach Analogie des Art. 2, Abs. 2 Nr. 2 der deutschen W.-Ord. und nach den Leipziger Konferenz-Protk. II. vom 22. Okt. 1847 der Wechselproceß erkannt werden.

Beschl. des W.-Ger. v. 2. Okt. 1847 in S. Heidenheimer c. Köhle'sche Erben.

Art. 4.

zu Nr. 3, 5 und 7.

Verwaltungen als Wechselinteressenten genannt.

4. Eine pflegschaftl. Verwaltung kann in einem Wechsel giltig als Wechselgläubiger genannt werden.

Erk. des W.-Ger. v. 25. Jan. 1851 in S. Schlegel c. Heimsch.

Zu Nr. 4.

Verfallzeit.

5. Die Bezeichnung der Verfallzeit mit folgenden Worten: „Zwei Monate zahlen Sie rc." ist ungenügend.[3]

Erk. des W.-G. vom 1. Dez. 1858 in S. Gutmann c. Lindörfer.

Fehlende Jahreszahl beim Zahlungstage.

6. Die beim Zahlungstag fehlende Jahreszahl macht

---

[3] Vergl. Archiv f. W.-R. Bd. 7 S. 342 f. K.

den, wenn auch im Uebrigen vollständigen Tagewechsel ungiltig.[4]

Erk. des W.-Ger. v. 12. Mai 1857 in S. Preßburger c. Löwenthal.
" " " v. 28. August 1857 in S. Winkelmann c. Stänzlen.
" " " in der Plenarvers. v. 12. März 1858 in S. Weiß c. Wetzel.

7. Bei einem auf eine spätere Zeit beschränkten Accept (Art. 22), macht die fehlende Jahreszahl nichts aus, wenn dieselbe aus den Umständen (z. B. der Erklärung bei dem Protest, man wolle morgen zahlen) deutlich erhellt, weil die Ausdrückung des Zahlungstags beim Accept in der deutschen W.-Ord. nicht als wesentliches Erforderniß vorgeschrieben ist.

Beschl. des W.-Ger. v. 6. Febr. 1858 in S. Blumenfeld c. Heeb.

Sichtwechsel, „nach Sicht".

8. Ein „nach Sicht" ausgestellter Wechsel wird einem „auf Sicht" ausgestellten gleich geachtet.[5]

Erk. des W.-Ger. v. 10. Juli 1858 in S. Roller c. Zangerl.

Datowechsel, „dato".

9. Ein „8 Tage dato" ausgestellter Wechsel wird einem „8 Tage nach dato" ausgestellten gleich geachtet.[6]

Beschl. des W.-Ger. v. 29. Mai 1857 in S. Weiß c. Gaiser.

---

[4] Abgedruckt in Seuffert, Archiv Bd. 12 Nr. 61 und 181. Vergl. ebendas. Bd. 12 Nr. 62, dagegen Bd. 7 Nr. 230, Bd. 9 Nr. 59, Bd. 11 Nr. 276, Bd. 12 S. 241. Archiv f. W.-R. Bd. 3 S. 331 f., Bd. 4 S. 188 f., Bd. 5 S. 351 f., B. 6 S. 188, 203, 428 f., Bd. 7 S. 75. Neuffer, Zeitschr. f. Rechtspfl. Bd. 1 S. 324 ff. Kletke, Präj. 1 S. 165 ff. und III S. 252. Borchardt, W.-O. S. 11 f. 120, 194. K.

[5] Vergl. Seuffert, Archiv Bd. 10 Nr. 277. Archiv f. W.-R. Bd. 3 S. 165 f., 328 ff., Bd. 5 S. 422 ff. Gelpke, Zeitschrift f. Handelsrecht Heft 1 S. 201. Kletke, Präj. Bd. 1 S. 167, Bd. 2 S. 106. Bluntschli, W.-O. S. 27. Borchardt, W.-O. S. 121, dagegen Borchardt, a. a. O. S. 11. Archiv f. W.-R. Bd. 2 S. 429. Seuffert, a. a. O. Bd. 7 Nr. 241 und die Münchener Entsch. Bd. 10 Nr. 277. K.

[6] Kletke, Präj. Bd. 1 S. 167 f. Borchardt, W.-O. S. 195. K.

Zu Nr. 5.

Unterschrift durch fremde Hand.

10. Die von einer andern Person aus Auftrag des Wechselschuldners gefertigte Unterschrift der Firma des Wechselschuldners macht denselben verbindlich und ist kein Verstoß gegen Art. 4, Nr. 5 der deutschen W.-Ordnung. (cf. Nürnberger Konferenzprotokoll über W.-Fragen. S. 42.)[7]

Erk. des W.-Ger. vom 30. Juni 1858 in S. Hecht c. Eisenlohr.

Zu Nr. 6.

Antedatirung.

11. Die Antedatirung eines Wechsels, wenn sie unverfänglich ist und im Einverständniß beider Paciscenten geschieht, macht den Wechsel nicht ungültig.

Erk. des W.-Ger. vom 25. Janr. 1851 in S. Schlegel c. Heimsch.

Zu Nr. 8.

Zahlungsort.

Vergl. Präjudiz Nr. 76—78 zu Art. 97.

Art. 6.

Trassirte — eigene Wechsel.[8]

12. Ein Wechsel, worin der Bezogene auf folgende Weise bezeichnet ist: „Sola auf mich selbst (Namen des Ausstellers)", ohne Beisetzung eines andern Zahlungsorts, ist als ein formwidriger nicht gültig.

Erk. des W.-Ger. v. 21. Nov. 1856 in S. Stern c. v. Faber.

Art. 7.

Zinsversprechen.

13. Wechsel, in welchen ein Zinsversprechen enthalten

---

[7] Abgedruckt in Seuffert, Archiv Bd. 12 Nr. 182. Archiv f. W.-R. Bd. 7 S. 338 ff. Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 2 S. 125 Nr. 11. Vergl. Seuffert, a. a. O. Bd. 11 Nr. 277 und Archiv f. W.-R. Bd. 7 S. 90 f. und 188 ff. Kletke, Präj. Bd. 1 S. 173. Bluntschli, W.-O. S. 29. K.

[8] Vergl. Archiv f. W.-R. Bd. 2 S. 369 ff., Bd. 3 S. 325 ff., 391 ff., Bd. 4 S. 421 ff. K.

ist, begründen keine Wechselkraft und es kann daher ein wechselgerichtliches Verfahren auf sie nicht gebaut werden.[9]

Gem. Bescheid v. 2. Juli 1850.

14. Das bei der Prolongation eines Wechsels ausgedrückte Versprechen der Zinszahlung vom ersten Verfalltag an ist giltig.[10]

Erk. des W.-Ger. v. 17. Sept. 1850 in S. Jahn c. Fetzer. cf. Nr. 39.

---

[9] Abgedr. in Seuffert, Archiv Bd. 3 Nr. 200 und Kletke, Präj. Bd. 3 S. 250 f. Sowohl in der Praxis als in der Theorie haben sich über obige Frage verschiedene Ansichten geltend gemacht. Die eine, von dem Obertribunal adoptirte, Ansicht geht dahin, daß einem Wechsel, welcher ein Zinsversprechen enthält, die Wechselkraft ganz mangle, eine andere Ansicht erachtet nur das Zinsversprechen für unwirksam oder doch im Wechselprozesse für nicht klagbar, den Wechsel selbst aber für giltig, eine dritte Ansicht legt dem Zinsversprechen in einem sonst giltigen Wechsel alle wechselrechtlichen Wirkungen bei, und wieder eine andere Ansicht unterscheidet zwischen gezogenen und eigenen Wechseln. Vergl. Archiv f. d. W.-R. Bd. 1 S. 198 f., Bd. 2 S. 92 ff., 196 ff., 427 ff., Bd. 3 S. 62 ff., 190 f., 401 ff., Bd. 4 S. 101 ff., Bd. 5 S. 311 ff., 331 ff., 461 ff., Bd. 6 S. 1 ff., 215 ff., Bd. 7 S. 192 f. Seuffert, Archiv Bd. 7 Nr. 93, 354, Bd. 10 Nr. 89 Bd. 11 Nr. 92, Bd. 12 Nr. 192. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw.-N.-F. Bd. 16 S. 338 f. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. N. F. Jahrg. 6 S. 36, 72, 248. Zeitschr. f. Gesetz u. Rechtspfl. in Bayern Bd. 2 S. 499 ff., Bd. 3 S. 547. Blätter für Rechtsanw. Bd. 19 S. 126, Bd. 20 S. 193 ff. Annalen der badischen Gerichte von 1854 Nr. 7. Entsch. des Geh. Obertribunals zu Berlin Bd. 23 S. 458. Arends, Sammlung interess. Entsch. Bd. 3 Heft 3 S. 412. Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 2 S. 125. Kletke, Präj. **I** S. 162, 247, **II** S. 105, **III** S. 251. Bluntschli, W.-O. S. 137 Nr. 5. Brauer, W.-O. §. 96 Nr. 1. Borchardt, W.-O. S. 10 u. 192. Gelpke, Zeitschr. f. Handelsrecht Heft 1 S. 127 ff. Arnold, das Zinsverspr. im eigenen Wechsel. Liebe, W.-O. S. 239. Einert, W.-R. S. 465, 508 ff. Thöl, W.-R. §. 270. Sarwey, Monatschr. Bd. 17 S. 164 ff., 170 ff., Bd. 19 S. 97 ff. **K.**

[10] Weil die Prolongation des Wechsels keine wechselrechtliche Wirkung hat, und daher die ursprüngliche Verfallzeit des Wechsels nicht ändert. Vergl. Nr. 23, 32, 33, 39. **K.**

Art. 10.

Wechselbürgschaft.

15. Auf den — den Wechsel einlösenden Bürgen gehen die Rechte aus dem Wechsel nicht ipso jure über, sondern nur vermöge Indossament oder Cession.[11]

Beschl. des W.-Ger. vom 13. März 1852 in S. Kneller c. Schmid.

Art. 13.

Blanko-Indossament.

16. Die nachträgliche Ausfüllung eines Blanko-Indossaments mit einem Prokura-Indossament ist giltig.

Beschl. des W.-Ger. v. 12. Febr. 1856 in S. Knosp c. Erpf.

17. Ein ursprünglich ordentliches Indossament, welches mit Ausnahme der Unterschrift durchstrichen ist, kann als Blanko-Indossament nicht benutzt werden.

Beschl. des W.-Ger. vom 29. Okt. 1856 in S. Köhler c. Ulrich.

Art. 17.

Sachlegitimation.

18. Zur Herstellung der Sachlegitimation ist nicht gerade ein Indossament nöthig, sondern es kann dieselbe auch auf andere Weise nachgewiesen werden.

Erk. des W.-Ger. vom 25. Jan. 1851 in S. Schlegel c. Heimsch. cf. Präjud. Nr. 29.

Prozeßlegitimation.

19. Ein in einem Briefe ausgedrückter Auftrag zur Klagerhebung ist zwar an sich genügend, die auf den Grund desselben ausgestellte Vollmacht auf einen Prokurator aber nicht, wenn jenem Auftrag die Substitutionsgewalt mangelt.

Beschl. des W.-Ger. vom 3. Sept. 1850 in S. Fermeer c. Häcker.

Art. 18.

Beschränkung der Acceptationsfrist.

20. Die Klausel: „14 Tage vor Verfall acceptabel"

---

[11] Abgedruckt in Seuffert, Archiv Bd. 10 Nr. 82. Kletke, Präj. Bd. 2 S. 110. Borchardt, W.-O. S. 239. K.

(sogenannte Augsburger Acceptationsfrist) ist als nicht beigefügt anzusehen, macht aber den Wechsel nicht ungiltig.[12]

Erk. des W.-Ger. v. 7. April 1858 in S. Hofbank c. Kohner.

Art. 22.

Einschreibung des Accepts.

21. Das einem auf 3 Tage nach Sicht lautenden Wechsel vom 2. Okt. 1858 mit folgenden Worten beigesetzte Accept: „angenommen den 20. d. M. zahlbar. Gebr. Geiger" ist als eine der Zeit nach beschränkte Annahme zu betrachten, und da am 21. Okt. Protest Mangels Zahlung aufgenommen war, so wurde die Bezeichnung des Zahlungstags als durch den Protest genügend angesehen.

Erk. des W.-Ger. vom 4. Dez. 1858 in S. Rau c. Geiger.

22. Ein Accept auf eine spätere Zeit ist im Verhältniß zwischen dem Inhaber und seinen Vormännern zwar einer Nichtannahme gleich zu achten, macht aber den Acceptanten gegenüber vom Inhaber wechselpflichtig.[13]

Erk. des W.-Ger. vom 22. Febr. 1850 in S. Feuerlein c. Rahm. cf. Nr. 44.

23. Ein vom Acceptanten prolongirter Wechsel wird gegen den Acceptanten auf den Grund des Accepts, ohne

---

[12] Abgedr. in Seuffert, Archiv Bd. 12 Nr. 184, im Archiv f. W.-R. Bd. 7 S. 114 ff. und in Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 2 S. 128. Vergl. Archiv f. W.-R. Bd. 1 S. 400 ff., Bd. 3 S. 171 ff., 316 ff., Bd. 6 S. 18. Krit. Zeitschr. f. d. ges. Rechtsw. Bd. 1 S. 231. Blätter f. Rechtsanw. Bd. 22 S. 177 ff. Sarwey, Monatschr. Bd. 20 S. 310 ff. Liebe, W.-O. S. 62. Renaud, W.-R. (Aufl. 2) §. 33 Note 6. Borchardt, W.-O. S. 123. Gerber, deutsches Priv.-R. (Aufl. 5) §. 211 not. 3; dagegen Kletke, Präj. Bd. 1 S. 168. Bluntschli, W.-O. S. 53. Zeitschrift für Gesetzgeb. u. Rechtspfl. in Bayern Bd. 2 S. 491. K.

[13] Vergl. Seuffert, Archiv Bd. 9 Nr. 62. Liebe, W.-O. S. 99. Borchardt, W.-O. S. 24 f. K.

Rücksicht auf die Prolongation,[14] so lange die Verjährung[15] nicht eingetreten ist, als klagbar angenommen.[16]

Erk. des W.=Ger. vom 22. April 1850 in S. Zipf c. Roger.
Erk. des W.=Ger. vom 17. Sept. 1850 in S. Zahn c. Fetzer.

Art. 29.

Regreß auf Sicherstellung.

24. Bei einem Regreß auf Sicherstellung nach Art. 29 der W.=O. wird das Präjudiz der Rekognition — wenn auch der Original=Wechsel mit vorgelegt wird — nur auf den Wechsel=Protest erstreckt.

Erk. des W.=Ger. v. 19. Jan. 1858 in S. Jakoby c. Krauß.

Art. 30.

Mitte eines Monats.

25. Ein auf Mitte Februar lautender Wechsel ist am 15. Februar fällig.

Erk. des W.=Ger. vom 26. Febr. 1850 in S. Feuerstein c. Rahm.

Erk. des W.=Ger. vom 10. April 1855 in S. Hübner c. Erpf.

Acht Tage.

26. Ein auf 8 Tage dato ausgestellter Wechsel ist auf den achten Tag und nicht — nach der gewöhnlichen Bedeutung von 8 Tagen einer Woche — auf den siebenten Tag fällig.

Erk. des W.=Ger. v. 23. Juni 1856 in S. Seitz c. Kicherer.

---

[14] Ueber Wechselprolongation vergl. österr. Gerichtszeitung Jahrg. 1852 Nr. 95. Archiv f. W.=R. Bd. 5 S. 13 ff., Bd. 6 S. 64 ff., 208 ff. Kilka, Erl. über die W.=O. S. 80. Kheil, W.=R. §. 239 bis 241. Reuffer, Zeitschr. f. Rechtspfl. S. 326 ff. Renaud, Lehrb. des W.=R. (Aufl. 2) S. 155. Brauer, W.=O. (Aufl. 2) S. 140. Kletke, Präj. Bd. 1 S. 235. K.

[15] welche durch die Prolongation nicht unterbrochen wird, Archiv f. W.=R. Bd. 5 S. 331 f. Kletke, Präj. Bd. 1 S. 212, 251. Borchardt, W.=O. S. 64 Nr. 55, S. 235 Nr. 160. K.

[16] Abgedr. in Seuffert, Archiv Bd. 12 Nr. 295; vergl. Kletke, Präj. Bd. 1 S. 185. K.

Art. 35.
Meßwechsel.

27. Ein auf die Stuttgarter Maimesse lautender Wechsel wird, obgleich diese Messe im Kalender als 8 Tage dauernd angegeben ist, am Freitag fällig, da in Wirklichkeit die Messe nur vom Montag bis Samstag dauert.

Erk. des W.-Ger. vom 19. Dezbr. 1854 in S. Stöckenius c. Ehrlich.

28. Wenn ein Wechsel auf eine Meßzeit außer Lands lautet, so ist der Kalendertag der Verfallzeit in der Klage speziell zu benennen.

Beschl. des W.-Ger. vom 22. Janr. 1851.

Art. 36.
Sachlegitimation.

29. Der Aussteller und dessen Nachmänner sind durch den Besitz des Wechsels zur Klage legitimirt, auch ohne weiteren Nachweis, daß sie denselben vom letzten Inhaber zurück erworben haben.[17]

Erk. des W.-Ger. vom 29. Juli 1853 in S. Neuburger c. Leickhardt.
" " " " in S. Finckh c. Mercy und Knoblich.
Erk. des W.-Ger. v. 20. Juni 1854 in S. Schäfer c. Abele.
Erk. des W.-Ger. vom 9. Mai 1855 in S. Dörr c. Müller.
cf. Präj. Nr. 17 und 59.

Art. 37.
Courswerth.

30. Bei einer Regreßklage steht es dem Kläger frei, die in einer auswärtigen Münzsorte ausgedrückte Wechselsumme nach dem Courswerthe jener Münze zu berechnen.[18]

Erk. des W.-Ger. v. 19. Sept. 1854 in S. Scholt c. Köhler.

---

[17] Vergl. Seuffert, Archiv Bd. 12 Nr. 69. Archiv f. W.-R. Bd. 4 S. 453 ff. Kletke, Präj. Bd. 1 S. 201 ff. K

[18] Abgedr. in Seuffert, Archiv Bd. 10 Nr. 86. Vergl. Archiv f. W.-R. Bd. 3 S. 394 ff., Bd. 5 S. 413 ff., Bd. 6 S. 417 f. K.

Art. 41.

Protesterhebung.

31. Die Bitte um Zahlungsaufschub ist einer Verweigerung der Zahlung gleich zu achten und es muß daher Protest erhoben werden.

Erk. des O.-Trib. v. 16. Nov. 1850 in S. Köhler c. Stütz.

32. Durch die Prolongation des Wechsels ist der Inhaber seiner Verbindlichkeit zur Erhebung des Protests nach der ursprünglichen Verfallzeit nicht überhoben.[19]

Erk. des O.-Trib. v. 16. Nov. 1850 in S. Köhler c. Seitz cf. Nr. 43.

33. Dadurch daß der Protest nicht nach der ursprünglichen, sondern nach der prolongirten Verfallzeit aufgenommen ward, wird der Wechsel, der vom Aussteller unterschriebenen Prolongation unerachtet, präjudizirt,[20] und eine Regreßnahme gegen den Aussteller ist nicht zuläßig. Auch eine Aufforderung, keinen Protest zu erheben (Art. 42), ist in jener Prolongation nicht gelegen.[21]

Erk. des W.-Ger. v. 9. Nov. 1858 in S. Heimsch c Vischer.

34. Die Protesterhebung Mangels Zahlung kann auch vom frühern Acceptanten statt des Inhabers vorgenommen werden.

Beschl. des W.-Ger. v. 17. Jan. 1851 in S. Seitz c. Weiß.

35. Wegen Mangels eines genügenden Protests wird die Regreßklage von Richteramtswegen zurückgewiesen.[22]

---

[19] Kletke, Präj. Bd. 1 S. 185. K.

[20] Der Prolongation des Wechsels kommt keine wechselrechtliche Wirkung zu. Sie ist daher nicht geeignet, die Verfallzeit des Wechsels zu ändern, und die gesetzmäßige Zeit der Protesterhebung kann dadurch selbst gegenüber dem in die Prolongation einwilligenden Vormann nicht hinausgeschoben werden. Renaud, Lehrbuch d. W.-R. (Aufl. 2) S. 155. Brauer, W.-O. (Aufl. 2) S. 140. Archiv für W.-R. Bd. 5 S. 13 ff., Bd. 6 S. 209 in der Note. Dagegen: Kheil im Archiv f. W.-R. Bd. 6 S. 64 ff. und eine Entscheid. des obersten Gerichtshofs in Wien ebendas. S. 301. Vergl. auch Borchardt, W.-O. S. 64 Note 55, S. 235, 248. K.

[21] Abgedr. in Seuffert, Archiv Bd. 12 Nr. 295. K.

[22] Archiv f. W.-R. Bd. 2 S. 233, Bd. 3 S. 344. K.

Erk. des W.=Ger. vom 26. Juni 1846 in S. Benedict c. Fetzer.

Erk. des W.=Ger. vom 22. Januar 1858 in S. Mayer c. Wagemann.

Protestfrist.

36. Beide auf den Zahlungstag folgende Werktage müssen — um als Protesttage zu gelten — Werktage seyn.[23]

Gem.=Bescheid des O.=Trib. vom 20. Sept. 1853 (Reg.=Bl. S. 429.)

Art. 45.

Benachrichtigung des Vormanns.

37. Die unterlassene Benachrichtigung des Vormanns von der nicht erfolgten Zahlung des Wechsels zieht auch den Verlust der Prozeßzinse (von Anstellung der Klage an) nach sich.

Erk. des W.=Ger. vom 23. Novbr. 1858 in S. Schaich c. Haußer.

Art. 48.

Legitimation zur Regreßklage.

38. Eine Gantmasse, gegen welche ein Wechsel liquidirt worden ist, ist zur Regreßklage — so lange die Erstattung der Wechselsumme an den Liquidanten nicht stattgefunden hat — nicht legitimirt.

Erk. des W.=Ger. vom 21. Mai 1858 in S. Weiß c. Horst.

Art. 50.

Nr. 1.

Zinsverbindlichkeit.

39. Die Zinsverbindlichkeit vom ursprünglichen Verfalltage an wird durch **Prolongation** nicht verändert.

Erk. des W.=Ger. vom 6. Nov. 1858 in S. Schwegler c. Hartner. cf. Nr. 14.

---

[23] Abgedr. in Seuffert, Archiv Bd. 7 Nr. 91. Kletke, Präj. Bd. 1 S. 198. Vergl. Archiv f. W. W. Bd. 2 S. 407 ff., 414 ff., Bd. 3 S. 84 ff., 86 ff., 166 f., 182 ff., 187 ff., Bd. 7 S. 208 ff., 212. Gelpke, Zeitschr. f. Handelsrecht Heft 3 S. 67 ff. Bluntschli, W.=O. S. 81 ff. Borchardt, W.=O. S. 41 f., 218. Allg. österr. Gerichtszeitung, Jahrg. 1852 Nr. 56 S. 217 ff., Nr. 75 S. 295 ff., Nr. 113 S. 445 ff. Stubenrauch, Vortr. über die neue W.=O. S. 74. Haimerl, Magazin f. Rechts= und Staatswissensch. Bd. 3 S. 293. Brauer, W.=O. (Aufl. 2) S. 91. K.

Zinsenmaß.

40. Die Zinsen werden zu 6% zuerkannt, wenn auch über das Maas der Prozente in der Klage nichts bemerkt ist.[24]

Erk. des W.-Ger. vom 11. Sept. 1849 in S. Bacher c. Dorn.

Nr. 2.

Protestkosten.

41. Wenn ein Protest aufgenommen wurde, ohne daß eine Regreßnahme in Aussicht stand, z. B. wenn ein nicht indossirter eigener Wechsel vom Inhaber gegen den Aussteller eingeklagt wird, so ist ein Ersatz der Protestkosten nicht begründet. (cf. Nr. 60.)[25]

Erk. des W.-Ger. vom 3. Febr. 1854 in S. Wieland c. Berrer.

42. Wenn ein auf Sicht lautender Wechsel mit einem Accept ohne Datum versehen ist, so können die Protestkosten, auch ohne daß eine Regreßnahme in Aussicht stand, ersetzt verlangt werden, weil der Beginn der Verzinsung der Forderung von der Präsentation an läuft und hierüber ein Nachweis erforderlich ist.[26]

Erk. des W.-Ger. vom 21. April 1854 in S. Löbecke c. Lieb.

43. Für einen erst nach Ablauf des vom Inhaber prolongirten Termins aufgenommenen Protest ist ein Kostenersatzanspruch nicht begründet.

Erk. des W.-Ger. vom 11. Dez. 1857 in S. Boller c. Barth. cf. Nr. 32.

44. Wenn der Accept auf einen spätern Termin eingeschränkt worden ist, so kann der diesen Accept bewirkende Inhaber — wenn er einen Protest erst nach Ablauf des

---

[24]) Am 17. Sept. 1850 wurde in S. Zahn c. Fetzer, weil der Kläger gesetzliche Zinse verlangt hatte, auf 5% erkannt.

Am 7. Sept. 1852 wurde in S. Alboth c. Köhler, weil der Zinsfuß in der Klage nicht ausgedrückt war, der Kläger zur Erläuterung seiner Bitte veranlaßt. D. E.

[25] Abgedr. in Seuffert, Archiv Bd. 7 Nr. 229. Vergl. Archiv f. W.-R. Bd. 6 S. 315. Kletke, Präj. Bd. 1 S. 249 f., Bd. 3 S. 257. Borchardt, W.-O. S. 47. K.

[26] Abgedr. in Seuffert, Archiv Bd. 10 Nr. 84. Kletke, Präj. Bd. 2 S. 116. Borchardt, W.-O. S. 275. K.

spätern Termins aufnehmen läßt — die Kosten hiefür seinen Vormännern nicht anrechnen.[27]

Erk. des W.-Ger. vom 17. Septbr. 1858 in S. Böhringer c. Zangerl. cf. Nr. 22.

45. Für einen von einem nicht legitimirten Inhaber aufgenommenen Protest kann ein Kostenersatzanspruch nicht geltend gemacht werden.

Erk. des W.-Ger. v. 17. Sept. 1858 in S. Roller c. Zangerl.

46. Für die Protestaufnahme ist außer der gesetzlichen Gebühr von 2 fl. die Anrechnung einer Ganggebühr etc. nicht zulässig.

J.-M.-Erl. vom 2. Dez. 1853.

Erk. des W.-Ger. vom 30. Juni 1858 in S. Hecht c. Eisenlohr.

Nr. 3.

Provision.

47. Die Anrechnung einer Provision ist nur in den Fällen begründet, wenn entweder

1) der Inhaber einem Nachmann Ersatz geleistet hat, (Art. 51), oder

2) der Inhaber Protest Mangels Zahlung hat aufnehmen lassen (Art. 50), oder

3) eine Ehrenacceptation vergeblich gewesen ist (Art. 65).

Dieser Anspruch ist nicht nur gegen jeden Vormann, sondern auch gegen den Aussteller eines eigenen und gegen den Acceptanten eines gezogenen Wechsels begründet.[28] (cf. Nr. 60.)

Gutächtl. Ber. des O.-Trib. über Wechselkontroversen. vom 27. April 1857.

---

[27] Vergl. Seuffert, Archiv Bd. 9 Nr. 62. Archiv f. W.-R. Bd. 4 S. 207 ff. K.

[28] Der Aussteller eines auf eigene Ordre gezogenen Wechsels, welcher, ohne den Wechsel begeben zu haben, unmittelbar gegen den Acceptanten (Trassaten) klagt, hat eine Provision nicht anzusprechen (Entsch. d. Obertrib. v. 28. Dez. 1853 und 17. Janr. 1854. Seuffert, Archiv Bd. 7 Nr. 228), es könnte denn eine besondere Bemühung geltend gemacht werden (Entsch. des W.-Ger. v. 11. Juli

Art. 51.

Nr. 1.

Verzinsung der Regreßsumme.

48. Unter der vom Regreßnehmer berichtigten Summe, aus welcher er Zinse vom Tage der Zahlung ansprechen kann, sind auch die seinem Nachmann vergüteten Protestkosten, Provisionen, Porto, 2c. begriffen.

Erk. des W.-Ger. vom 18. Mai 1850 in S. Weiß c. Fetzer.

Nr. 2.

Kosten.

49. Unter den, dem Regreßnehmer entstandenen, Kosten sind nur die gewöhnlichen Auslagen an Porto 2c., nicht aber solche Kosten begriffen, welche dadurch entstanden, daß er — als er von seinem Nachmann in Anspruch genommen wurde — wegen Entblößung von baaren Mitteln sich diese erst verschaffen mußte.

Erk. des W.-Ger. vom 16. Janr. 1856 in S. Rosenbaum c. Erpf.

50. Neben der eigenen Provision darf der Regredient nicht noch etwas für Rückanschaffung anrechnen.

Erk. des W.-Ger. v. 1. März 1856 in S. Rosenbaum c. Erpf.
Erk. des W.-Ger. v. 14. Okt. 1856 in S. Rosenbaum c. Erpf.

51. Auf die in einem bestimmten Betrag, aber ohne nähere Specifikation geforderten Retourspesen wird nicht erkannt, sondern es werden dieselben auf nähere Liquidation, gleich den Prozeßkosten, ausgesetzt.

Erk. des W.-Ger. v. 26. Nov. 1858 in S. Lehmann c. Zangerl.

1856, unter Nr. 60). In S. S. g. St., in welcher der Kläger als Indossatar eines von dem Beklagten gegen ein Bankhaus über ein empfangenes Darlehen ausgestellten eigenen Wechsels auftrat, wurde die Anrechnung einer Provision für statthaft erklärt, weil das Ausleihen von Geldern zu dem Geschäfte des indossirenden Bankhauses gehöre und die Banquiers für ihre Gelddarlehen Provision anzurechnen pflegen. Seuffert, Archiv Bd. 8 Nr. 225. Borchardt, W.-O. S. 142. K.

Art. 52.

Ausländische Provisionsgebühr.

52. Ein in St. Gallen wohnender Inhaber kann gegen den in Stuttgart wohnenden Acceptanten die Provision nur nach diesseitigen Normen mit $^1/_3$% berechnen, ungeachtet in der Schweiz $^1/_2$% üblich seyn soll, weil die Gesetze des Zahlungsorts maßgebend sind.

Erk. des W.=Ger. vom 22. Dez. 1858 in S. Tanner c. Grauer.

Art. 53.

Rückwechsel.

53. Bei einem Rückwechsel ist die Anrechnung von $^1/_2$% nicht zulässig, sondern es müssen die wirklichen Auslagen für denselben liquidirt werden.

Beschluß des W.=Ger. v. 23. Jan. 1857 in S. Rosenbaum c. Erpf.

Art. 77.

Verjährung.[29]

54. Die Verjährung einer Wechselklage ist von Richteramtswegen zu beachten.[30]

Erk. des W.=Ger. v. 26. Januar 1858 in S. Edenheimer c. Leisinger.

Art. 80.

Unterbrechung der Verjährung.

55. Durch die Behändigung einer Klage, mit welcher zugleich die Bitte um Sistirung des Verfahrens verbunden

---

[29] Die Einrede der Verjährung ist, da sie nicht dem Prozeßrecht, sondern dem materiellen Recht angehört, nach den Gesetzen des Orts, wo das Geschäft geschlossen worden, zu beurtheilen. Entscheidung des Civilsenats des Obertrib. vom 1. Juli 1852 in der Debitsache des H. A. v. W. Seuffert, Archiv Bd. 6 S. 1 f. Kletke, Präj. Bd. 1 S. 227. Vergl. auch Borchardt, W.=O. S. 232 f. K.

[30] Vergl. Archiv f. W.=R. Bd. 2 S. 226, Bd. 3 S. 341. Allgem. österr. Ger.=Ztg. Jahrg. 1851 Nr. 7 und Beil. zu Nr. 90, Jahrg. 1857 Nr. 125, Jahrg. 1858 Nr. 65 und 73, Jahrg. 1859 Nr. 15 und 51. Sarwey, Monatschr. Bd. 19 S. 96 u. 97. K.

ist, ohne daß eine Ladung zugleich erfolgt, wird die Wechselverjährung nicht unterbrochen.[31]

Beschl. des W.-Ger. vom 8. April 1857 in S. Maier c. Ziegler.

56. Durch Ausbruch des Gants über den Wechselschuldner wird die Verjährung der Wechselklage nicht unterbrochen.[32]

Erk. des Civ.-Sen. des Ob.-Trib. vom 22. März 1845 in S. v. Otto'sche Erben c. Hofbank und vom 23. Dez. 1854 in S. Brüll c. Hasenhuth.

57. Durch Liquidation im Gant wird die Verjährung der Wechselklage unterbrochen.[33]

Erk. des Civ.-Sen. des O.-Trib. vom 14. März 1855 in S. Pistorius c. de Neufville.

58. Wenn wegen Ausbruch des Gants gegen einen Wechselschuldner ein Wechselverfahren gegen denselben nicht mehr zulässig ist, so wird dem Kläger — unter Benachrichtigung hievon — überlassen, zur Wahrung seiner Rechte Behufs der Unterbrechung der Verjährung bei dem Gantgerichte die nöthigen Schritte zu thun.[34]

Beschl. d. W.-Ger. vom 19. Febr. 1858 in S. Stähle c. Arlebter. cf. Nr. 125.

Art. 81.

Wechsel-Verpflichteter.

59. Der Unterzeichner eines Indossaments ist Wechsel-Verpflichteter wenn er auch nicht durch eine ununterbrochene

---

[31] Vergl. Archiv f. W.-R. Bd. 5 S. 226 ff. K.

[32] Sarwey, Monatschr. Bd. 19 S. 78 ff. Borchardt, W.-O. S. 234. K.

[33] Abgedr. in Seuffert, Archiv Bd. 9 Nr. 208. Kletke, Präj. Bd. 1 S. 215 f. Nr. 545. Württ. Archiv Bd. 1 S. 112 ff. Vergl. Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 2 S. 84 ff. Zeitschrift f. Gesetzgeb. und Rechtspfl. in Bayern Bd. 2 S. 495. Archiv f. W.-R. Bd. 6 S. 270. Borchardt, W.-O. S. 148, 234. Kletke, a. a. O. Bd. 2 S. 124. Dagegen: Archiv f. W.-R. Bd. 1 S. 266, Bd. 7 S. 201 f., 412 in d. Note. Goldschmidt, a. a. O. S. 131 Nr. 42. Kletke, a. a. O. S. 216 Nr. 546. Sarwey, Monatschr. Bd. 19 S. 71 ff. K.

[34] Früher war in solchen Fällen dem Gantschuldner, beziehungsweise dessen Güterpfleger, das Duplikat der Wechselklage eingehändigt worden. D. E.

Reihe von Indossamenten als Eigenthümer legitimirt war. (Art. 36).

Erk. des W.-Ger. vom 10. Febr. 1858 in S. Heidenheimer c. Ehrenfried.

60. Gegen den Acceptanten kann der Inhaber — ohne daß eine besondere Bemühung geltend gemacht wird — eine Provision nicht ansprechen. (cf. Nr. 41 und 47).[35]

Erk. des W.-Ger. v. 11. Juli 1856 in S. Schnabel c. Helferich.

Art. 82.[36]

Einrede des Betrugs.

61. Die Einrede, daß der Associé, welcher den Wechsel ausgestellt, denselben betrüglich für seine Privatschuld ausgestellt habe, ist im Wechselverfahren zwar zulässig,[37] wird aber, wenn eine Theilnahme des Klägers an dem Betruge nicht nachgewiesen ist, in die Widerklage verwiesen.

Erk. des W.-Ger. vom 25. Januar 1851 in S. Schlegel c. Heimsch.

Einrede der Compensation.

62. Diese Einrede ist im Wechselverfahren zulässig.[38] Sie wird aber, wenn mit der Replik Bescheinigung dafür vorgelegt worden, daß für die Gegenforderung Deckung durch

---

[35] Vergl. Seuffert, Archiv Bd. 7 Nr. 228. Kletke, Präj. Bd. 1 S. 204. K.

[36] Ueber Einreden im Wechselprozeß vergl. Archiv f. W.-R. Bd. 1 S. 194 ff. Nur liquide Einreden, welche dem Beklagten unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen, sind im Wechselverfahren zulässig. K.

[37] Vergl. Archiv f. d. W.-R. Bd. 6 S. 427 f. Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 2 S. 131, 132. Archiv f. Rechtsfälle Bd. 23 S. 193, Bd. 26 S. 301. Zeitschr. f. Rechtspflege in Sachsen Bd. 16 S. 460 ff. Entsch. des Geh. Obertribunals in Berlin Bd. 38 S. 253. Kletke, Präj. Bd. 2 S. 124. Borchardt, W.-O. S. 153 f. K.

[38] Vergl. Archiv f. W.-R. Bd. 1 S. 195 f., 200, Bd. 3 S. 111, 204, 403. Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 2 S. 93 ff. Kletke, Präj. Bd. 1 S. 221. K.

cedirte Obligationen geleistet worden, als illiquid in die Widerklage verwiesen.

Erk. des W.-Ger. v. 31. Januar 1851 in S. Setz c. Weiß.

63. Die Einrede der Compensation kann — ungeachtet der württembergischen Wechselordnung Cap. VI. §. 13, 18: daß sie gegen einen Dritten nur, wenn das Bezahlte auf dem Wechselbrief abgeschrieben worden, geltend gemacht werden könne — von dem Aussteller dem Remittenten entgegen gehalten werden, wenn sie ihm gegen diesen unmittelbar zusteht. Sie wird aber, wenn sie nicht liquid ist, in die Widerklage verwiesen.

Erk. des W.-Ger. vom 21. Januar 1853 in S. Nall c. Nall.

Einrede der Simulation.[39]

64. Die Einrede, daß der Kläger nicht wirklicher Indossatar des vorgelegten Wechsels, sondern nur Procura-Indossatar, und das Indossament ein simulirtes sey, daß ferner sein Vormann, der wirkliche Eigenthümer, dem Beklagten Frist bewilligt habe, wurde, als eine, dem Beklagten nicht unmittelbar gegen den Kläger zustehende Einrede, für unstatthaft erklärt.[40]

Erk. des W.-Ger. vom 14. April 1857 in S. Kohn c. Ziegler.

65. Die Einrede des mit der Regreßklage belangten Beklagten, daß sein Indossament — wenn gleich den Worten nach ein ordentliches Indossament — doch, nach der Absicht der Paciscenten, nur ein Incasso-Indossament gewesen sey, ist im Wechselverfahren zulässig.[41]

---

[39] Vergl. Archiv f. W.-R. Bd. 1 S. 195, 196, 200, 429 ff., Bd. 3 S. 111, 204 f., 403 f., Bd. 4 S. 323 ff., Bd. 6 S. 268, Bd. 7 S. 428 f. Seuffert, Archiv Bd. 9 Nr. 68. Zeitschr. f. Rechtspflege und Verw.-N.-F. Jahrg. 16 S. 461. Kletke, Präj. Bd. 1 S. 222, 227, Bd. 2 S. 125. Gelpke, Zeitschr. f. Handelsrecht Heft 1 S. 138 ff. Borchardt, W.-O. S. 75 f. und S. 245. K.

[40] Abgedr. Seuffert, Archiv Bd. 12 Nr. 190. K.

[41] Abgedr. in Seuffert, Archiv Bd. 12 Nr. 298. Archiv für W.-R. Bd. 7 S. 327 ff. Goldschmidt, Zeitschrift f. Handelsrecht Bd. 2 S. 127.

Der Beweis dieser Einrede wird dadurch hergestellt, daß der Kläger einräumt, dem Indossament des Beklagten sey die Absicht zu Grund gelegen, daß ihm die Summe erst nach Eingang des Wechsels gutgeschrieben werden solle.

Erk. des W.=Ger. in pleno vom 19. Mai 1859 in S. Arlebter c. Wall.

Einrede des Zahlungs=Aufschubs.

66. Die Einrede des beklagten Ausstellers, der klagende Remittent habe mit dem Acceptanten ausgemacht, der Wechsel dürfe erst nach Erledigung eines andern Prozesses des Acceptanten bezahlt werden, wurde im Wechselverfahren für zulässig erkannt, weil der Beklagte zugleich Bürge für den Acceptanten geworden war, somit an der Vertagung der Zahlung ein eigenes Interesse hatte und die Einrede als eine ihm unmittelbar gegen den Kläger zustehende zu betrachten war.

Erk. des W.=Ger. vom 13. Juli 1858 in S. Heidenheimer c. Schmidlin. cf. Nr. 99.

Einrede der Zahlung, der mangelnden valuta.[42]

67. Ein Wechsel als selbständiges Creditpapier, bleibt bis zu seiner Einlösung wirksam, wenn auch in der Zwischenzeit die Schuldigkeit des Wechselschuldners sich zeitweilig gehoben haben sollte,[43] und Einreden, welche auf dem Mangel einer in Händen habenden valuta beruhen, können nur insoweit, als sie zur Zeit der Einklagung (wenn diese auch nach der Verfallzeit, aber noch innerhalb der Verjährungsfrist erfolgt) bestehen, geltend gemacht werden.

Erk. des W.=Ger. vom 8. Juni 1852 in S. Statistisch topogr. Bureau c. Köhler.

cf. Erk. des Obertribunals vom 14. März 1855 in S. Pistorius c. de Neufville.

Erk. des Obertribunals vom 30. Dezember 1848 in Sarweys Monatschrift Bd. 15, S. 92.

---

[42] Ueber die wechselrechtliche Wirkung der Einwendung der nicht erhaltenen Valuta vergl. A. österr. Ger.=Ztg. Jahrg. 1859 Nr. 87. K.

[43] Abgedruckt in Seuffert, Archiv Bd. 10 Nr. 85. K.

68. Zur Begründung der Einrede der Zahlung im Wechselverfahren gehört, daß diese Zahlung als Wechsel-Zahlung von dem Empfänger angenommen worden sey.[44] In Ermangelung dieses Beweises ist der Beklagte mit seinem Anspruch in die Widerklage zu verweisen.

Erk. des W.-Ger. vom 9. Juni 1855 in S. Ziegler c. Kupfer. cf. Nr. 98.

69. Der Acceptant hatte dem Trassanten zur Ausgleichung seiner Wechselschuld eine andere Tratte übermacht, diese war aber vom Trassanten nicht als Zahlung an obiger Wechselschuld, sondern an seinem anderweiten Guthaben abgeschrieben worden. Da überdieß zur Zeit jener Uebermachung der eingeklagte Wechsel nicht im Besitz des Trassanten, sondern in dritten Händen sich befand, so wurde die Einrede der Zahlung, welche der Acceptant dem klagenden Trassanten entgegensetzte, verworfen.

Erk. des W.-Ger. v. 29. Janr. 1856 in S. Roth c. Märklin.

70. Die Einrede des im Regreßwege in Anspruch genommenen Trassanten, daß der Kläger bereits auch vom Remittenten Deckung für den Wechsel erhalten habe, ist, wenn auf dem Wechsel nichts abgeschrieben ward, als eine exceptio de jure tertii zu verwerfen.

Erk. des W.-Ger. v. 3. Okt. 1849 in S. Springer c. Marz. Württ. Archiv Bd. 1 S. 124.

Wirkung der Verwerfung einer Einrede in Gemäßheit des Art. 82.

71. Eine Einrede, welche im Wechselverfahren verworfen ward, weil sie vom Beklagten nicht unmittelbar gegen den derzeitigen Kläger zusteht, kann auch in der Widerklage gegen denselben nicht geltend gemacht werden.

Erk. des O.-Trib. v. 9. Mai 1856 in S. v. Ulm c. Schwegler.

Art. 83.

Präjudizirter Wechsel.[45]

72. Ein wegen Versäumung des Protest's präjudi-

[44] Kletke, Präj. Bd. 1 S. 221. K.

[45] Ueber die Rechte aus einem präjudizirten Wechsel vergl. Archiv f. W.-R. Bd. 1 S. 115 ff., Bd. 2 S. 32 ff., Bd. 7 S. 121 ff., Seuffert. Archiv Bd. 2 Nr. 318, 319. K.

zirter Wechsel kann gegen den Indossanten auch im ordentlichen Prozeß nicht eingeklagt werden.

Erk. des O.-Trib. vom 16. Nov. 1850 in S. Köhler c. Stütz.

Art. 85.

Ausländische Wechsel.

73. Englische Wechsel von London auf London, in welchen das Wort „Wechsel" nicht vorkam, wurden — als nach englischem Recht gültig — zur Begründung einer Wechselklage für geeignet erkannt.[46]

Beschl. des W.-Ger. v. 17. April 1858 in S. Schnabel c. Groß.

Art. 86.

Protestfrist.

74. Ein in London am dritten Tag aufgenommener Protest wurde nach englischem Recht als rechtzeitig erfolgt angesehen.

Beschl. des W.-Ger. vom 26. Febr. 1858 in S. Spinnerei in Kempten c. Groß.

75. Ein in London am vierten Tag aufgenommener Protest wurde nach englischem Recht („nach Verlauf von 3 Tagen") als rechtzeitig erfolgt angenommen.

Beschl. des W.-Ger. vom 19. März 1858 in S. Schnabel c. Groß.

Art. 97 (cf. Art. 4 Nr. 8.)

Zahlungsort und Wohnort.

76. Die Bestimmung des Art. 97, daß für eigene Wechsel der Ort der Ausstellung zugleich als Wohnort des Ausstellers gelte, enthält keine Vorschrift bezüglich des Gerichtsstands, sondern hat nur auf das materielle Recht Bezug.

Erk. des W.-G. vom 9. Aug. 1853 in S. Benedict c. Späth.

---

[46] Vergl. Seuffert, Archiv Bd. 2 Nr. 121, Archiv f. W.-R. Bd. 3 S. 78 ff. 360, Bd. 4 S. 211 ff., 443 ff., Bd. 6 S. 337 ff., Bd. 7 S. 375 ff., 407 ff., Archiv f. prakt. Rechtsw. Bd. 1 S. 71 ff., Haimerl, Anl. zum Studium des W.-R. S. 254, Renaud, Lehrb. des W.-R. §. 7 S. 18 Ziff. 3, Brauer, W.-O. (Aufl. 1) §. 143 Anm. zu §. 86, Kletke, Präj. Bd. 1 S. 238 ff., Bluntschli, W.-O. S. 129 f., Borchardt, W.-O. S. 161. K.

77. Die im Art. 97 enthaltene Bestimmung über Zahlungsort bezieht sich nur auf die Angehörigen desselben Staats und nicht auf den internationalen Wechselverkehr, für welchen die Jurisdiktionsverträge und das internationale Recht maßgebend bleiben.[47]

Beschl. des W.=Ger. vom 29. Juli 1854 in S. Weiß c. v. Kaulla.

78. Der festgesetzte Zahlungsort ist — wenn nicht die sonstigen Erfordernisse des forum contractus zutreffen — für die Zuständigkeit des Gerichts nicht maßgebend; der Art. 8 des Einführungsgesetzes bezieht sich nur auf Depositionen und der Art. 4 Nr. 8 und Art. 97 enthalten keine prozessualische Vorschrift.

Erk. des W.=G. in pleno vom 23. März 1857 in S. Lazarus c. von Ulm.

Art. 98 Nr. 6.

Präsentation zur Zahlung.

79. Eine vorgängige Präsentation des eigenen Wechsels zur Zahlung bei dem Aussteller ist zur Begründung der Klage gegen denselben nicht erforderlich.[48]

Erk. des W.=Ger. vom 4. Mai 1855 in S. Stahl u. Federer c. Märklin.

Erk. des W.=Ger. vom 10. Juli 1855 in S. v. Scheler c. Benedict.

---

[47] Abgedr. in Seuffert, Archiv Bd. 10 Nr. 87, vergl. Borchardt, W.=O. S. 274. K.

[48] Abgedr. in Seuffert, Archiv Bd. 9 Nr. 330, vergl. ebendas. Bd. 2 Nr. 97, Bd. 6 Nr. 250, Bd. 7 Nr. 240, Bd. 10 Nr. 297, Bd. 12 Nr. 77, 78, Archiv f. W.=R. Bd. 1 S. 442 ff., Bd. 2 S. 206 ff., Bd. 3 S. 198 f., 412 ff., Bd. 5 S. 84 f., Bd. 6 S. 211 ff., Borchardt, W.=O. S. 97, 169, Gelpke, Zeitschr. f. Handels=R. Heft 2 S. 158 ff., Brauer, W.=O. S. 152 Nr. 1, Zeitschr. für Gesetzgeb. und Rechtspfl. in Bayern Bd. 2 S. 507, Kletke, Wechselgesetzgebung S. 31, 32 und Präj. Bd. 1 S. 194, 200, 249, Dagegen ebendas. S. 195 und Tafel, Civ.=Rechtsspr. Bd. 2 S. 247 f., Oesterr. Ger.=Zeitung v. 1854 Nr. 43. K.

Art. 99.

Protestation des eigenen Domicilwechsels.

80. Zur Wechselklage gegen den Aussteller eines eigenen domicilirten Wechsels bedarf es keiner Protestation, wenn nicht ein besonderer Domiciliat, sondern der Aussteller selbst denselben zu zahlen hatte.[49]

Erk. des W.-Ger. vom 10. Juli 1855 in S. v. Scheler c. Benedict.

2) Württembergisches Einführungsgesetz.

Art. 2.

Vorladung von Militärpersonen als Wechselbeklagte.

81. Die Vorladung einer Militärperson als Wechselbeklagten wird unmittelbar vom Wechselgericht dem Vorzuladenden insinuirt, und nur wenn das persönliche Erscheinen des Beklagten unumgänglich nöthig erscheint, geschieht die Ladung durch Requisition der Militärbehörde.

Beschl. des W.-Ger. vom 9. Nov. 1852 in S. Keusters c. Havemann.

Exekution des Wechselerkenntnisses gegen eine Militärperson.

82. Beim Ausschreiben des Erkenntnisses des Stadtgerichts zur Exekution wird der Beisatz aufgenommen, daß dieß unter Benachrichtigung des vorgesetzten Militärkommandos zu geschehen habe.

Beschl. des W.-Ger. vom 16. Nov. 1852 in S. Keusters c. Havemann.

---

[49] Abgedr. in Seuffert, Archiv Bd. 9 Nr. 329, vergl. Archiv f. W.-R. Bd. 2 Nr. 327 f., Bd. 4, S. 368 ff., Bd. 5 S. 83 f., 336 ff. 434, Bd. 6 S. 210 f., 296 ff., 306, 317, Oesterr. Ger.-Zeit. Jahrg. 1855 Nr. 6, Jahrg. 1856 Nr. 4, 93, 117, Borchardt, W.-O. S. 44, 219 f., Gelpke, Zeitschr. f. Handelsrecht Heft 1 S. 101 ff., Seuffert, Archiv Bd. 12 Nr. 71, Kletke, Präj. Bd. 1 S. 200, 250, Dagegen Archiv f. W.-R. Bd. 3 S. 343, Allg. östr. Ger.-Zeitung Jahrg. 1852 Nr. 142. K.

83. Wenn auf persönliche Haft gegen eine Militärperson erkannt wird, so wird dieß mit dem Beisatz ausgeschrieben, daß, falls ein dienstliches Hinderniß im Wege stünde, die Exekution in die paratesten Mittel des Beklagten vorgenommen werden soll.

Beschl. des W.-Ger. vom 28. Febr. 1854 in Sachen Zoller c. v. Reischach.

3) Württembergische Wechselgerichtsordnung von 1759.

Kap. V. §. 3.

Wechselgerichtsboten.

84. Signatur des Wechselgerichts an die Kanzleidirektion vom 9. März 1852: „Da in neuerer Zeit Fälle vorgekommen sind, wo die Insinuation wechselgerichtlicher Vorladungen an den Beklagten Anstände erfahren hat, so will man zur Instruktion der Kanzleiaufwärter, in ihrer Eigenschaft als Wechselgerichtsboten, nachstehende Vorschriften ertheilt haben:

1) Die Aufgabe der Wechselgerichtsboten bei Insinuation wechselgerichtlicher Vorladungen an den Beklagten ist: zu bewirken, daß das Vorladungsdekret zur Kenntniß des Vorgeladenen gelange. Alle weitere Erörterung über den Gang der Verhandlungen liegt außer ihrem Beruf.

2) Das Vorladungsdekret nebst Beilagen ist verschlossen dem Vorzuladenden zuzustellen und auf der Adresse mit der Bezeichnung „Ladung des Wechselgerichts“ zu versehen.

3) Wenn der Wechselgerichtsbote den Vorzuladenden zu Hause trifft, so hat er demselben das Vorladungsdekret persönlich einzuhändigen und die Unterzeichnung des Insinuationsdokuments zu verlangen.

4) Weigert sich der Vorgeladene beharrlich, das Insinuationsdokument zu unterzeichnen, so hat der Wechselgerichtsbote ihm zu erklären, daß demungeachtet die Insinuation vollzogen sey und der Bote dieß auf seine Pflichten nehmen werde. Das Vorladungsdekret ist unter allen Umständen in der Wohnung des Vorgeladenen zurück zu lassen.

5) Wird der Vorgeladene nicht zu Hause getroffen, und ist keine sichere Aussicht vorhanden, daß durch einen zweiten Gang die Insinuation an ihn selbst erfolgen kann, so ist das Vorladungsdekret einem seiner nächsten Angehörigen oder Hausgenossen zur Zustellung an den Vorgeladenen einzuhändigen und das Insinuationsdokument von dem Empfänger zu unterzeichnen. Der Wechselgerichtsbote hat in diesem Fall auf dem Insinuationsdokumente unterschriftlich zu beurkunden, daß er dem Unterzeichner die Vorladung zur unverweilten Zustellung an den Vorgeladenen eingehändigt habe, und es ist diese Beurkundung mit dem Vidit der Kanzleidirektion zu versehen.

6) Ist der Vorgeladene ortsabwesend und dessen Rückkehr nicht mindestens zwei Tage vor der Tagfahrt mit Bestimmtheit zu erwarten, so hat die Insinuation zu unterbleiben und ist sogleich Anzeige hievon zu machen.

7) Wenn kein Angehöriger oder Hausgenosse des Vorzuladenden, in dessen Abwesenheit von Hause, die Vorladung annehmen will, so ist dieselbe an die Thüre seiner Wohnstube anzuschlagen.

8) In diesem Fall (Nr. 7), sowie im Fall der vom Vorgeladenen verweigerten Unterschrift (Nr. 4) hat der Wechselgerichtsbote die geschehene Insinuation auf dem Insinuationsdokument bei seinen Pflichten mit seiner Unterschrift zu beurkunden und es ist dieß mit der Beglaubigung der Kanzleidirektion zu versehen.

9) Als Gebühr für die wechselgerichtliche Vorladung ist der herkömmliche Betrag von 24 kr. von jeder Partei den Wechselgerichtsboten zu bezahlen. Falls diese Gebühr von der beklagten Partei nicht zu erheben ist, so hat der Anwalt des Klägers dieselbe gegen Wiedererſatz des Beklagten vorzuschießen. Auf dem Insinuationsdekret ist beizusetzen: „Vorladungsgebühr für jede Partei 24 kr."

Vorstehende Vorschriften sind von der Kanzleidirektion den Kanzleiaufwärtern deutlich einzuschärfen und es ist auf auf deren Beobachtung streng zu achten."

Kap. V. §. 7.

Gerichtsstand in Wechselsachen.

85. Die in einem eigenen Wechsel gebrauchte Klausel: „aller Orten wo ich anzutreffen" hat auf den Zahlungsort (Art. 97 der allg. W.-O.) keinen Einfluß, dagegen die prozessualische Bedeutung, daß jedes Gericht, wo der Schuldner anzutreffen, zuständig ist. Die Bestimmung des Generalreskripts vom 28. Aug. 1806, wonach auch das Gericht des temporären Aufenthalts zuständig ist, ist durch das Einführungsgesetz vom 6. Mai 1849 nicht aufgehoben, da sich der Art. 1 dieses Gesetzes nur auf das Wechsel*recht*, nicht auf den Prozeß bezieht.[50]

Erk. des W.-Ger. vom 6. Febr. 1852 in S. Sonnewald c. König.

Kap. VI. §. 1.

Vorstehen vor dem Wechselgericht.

86. Zum Vorstehen vor dem Wechselgericht sind nur die bei den höheren Gerichten angestellten Prokuratoren, nicht aber die Rechtskonsulenten befugt, nach den Instruktionen für die Obertribunalprokuratoren und Oberjustizprokuratoren von 1806 §. 1.

Beschl. des Civils. des Obertr. vom 30. Mai 1854 in Beschwerdesachen des Rechtskons. Heß.

Erschöpfende Klagvorträge.

87. Durch Cirkularerlaß an die Obertribunalprokuratoren vom 22. Jan. 1851 wurde denselben aufgegeben, in ihren mündlichen Klagvorträgen eine erschöpfende Darstellung der thatsächlichen Verhältnisse, soweit dieß zur Begründung des Klaggesuchs nöthig ist, aufzunehmen.

88. Durch Erlaß des Wechselgerichts vom 13. Jan. 1857 wurde an den Senior der Obertribunalprokuratoren

---

[50] Abgedr. in *Seuffert*, Archiv Bd. 5 Nr. 222, vergl. Archiv f. W.-R. Bd. 3 S. 225 f., *Goldschmidt*, Zeitschr. f. Handels-R. Bd. 2 S. 137, Blätter für Rechtsanw. in Bayern Bd. 22 S. 188 ff., *Kletke*, Präj. Bd. 1 S. 288 f., Bd. 3 S. 269, *Borchardt*, W.O. S. 95 f. K.

zur Bekanntmachung an die übrigen Obertribunalprokuratoren und an die hiesigen Rechtsanwälte ausgeschrieben, daß künftig mit der schriftlichen Bitte um Erkennung des Wechselprozesses eine erschöpfende thatsächliche Darstellung und ein genaues Gesuch in der Hauptforderung und in den Nebenforderungen zu verbinden sey, und daß bei der mündlichen Verhandlung nur die Klagschrift mit den nöthigen Ergänzungen zu verlesen sey.

Incasso-Indossatar.

89. Ein zum Incasso ausgestelltes Indossament ist nach Art. 17 der a. Wechselordnung als bloße Vollmacht anzusehen und als Partei ist nicht der Incasso-Indossatar, sondern der Indossant zu behandeln.

Beschl. des W.-Ger. vom 3. Nov. 1852 in S. Schott c. Fuchs.

Vorlegung des Original-Wechsels.

90. Durch Beschluß des Wechselgerichts vom 26. Juni 1850 wurde an die Obertribunalprokuratoren ausgeschrieben, daß der Bitte um Erkennung des Wechselprozesses der Originalwechsel und die sonstigen zur Begründung des Wechselprozesses erforderlichen Dokumente beigeschlossen, oder — wenn Hindernisse im Wege stehen — unter Geltendmachung derselben, mindestens beglaubigte Abschriften vorgelegt werden müssen.[51]

Inhaber einer Handelsfirma.

91. Wenn eine Handelsfirma belangt wird, so ist die Person des vorzuladenden Inhabers derselben, oder dessen Stellvertreter, bevor eine entsprechende Verfügung auf die die Klage ergehen kann, genau zu bezeichnen.

Beschl. des W.-Ger. vom 22. Nov. 1854 in S. Krauß c. Frank'sche Verlagshandlung.

Unzulässige Klageführung.

92. Die Cumulation zweier Klagen gegen einen be-

---

[51] Vergl. Archiv f. W.-R. Bd. 3 S. 112, Gelpke, Zeitschr. für Handels-R. Heft 2 S. 149 ff. K.

klagten Ehemann, wenn bei einer derselben die Ehefrau mitbeklagt ist, ist unstatthaft.

Beschl. des W.-Ger. vom 12. Jan. 1858 in S. Gutmann c. Jung.

93. Die Cumulation der Klage gegen den Acceptanten und den Aussteller in einem Libell ist, wenn gleich nach Art. 49 der a. Wechselordnung gegen alle Wechselverpflichtete die Wechselklage angestellt werden kann, aus prozessualischen Rücksichten unzulässig.

Beschl. des W.-Ger. vom 14. Jan. 1859.

Kap. IV. §. 2 u. 3.

Dreitägige Frist zur Vorladung.

94. Die in §. 2 u. 3 angeordnete zweitägige resp. dreitägige Frist zur Vorladung ist kein Legaltermin und wenn der Beklagte gegen eine in kürzerer Frist ihm zugekommene Vorladung keine Einwendung erhebt, so ist dieselbe als giltig zu betrachten.

Erk. des W.-Ger. vom 11. Febr. 1852 in S. Sonnewald c. König.

Versicherung über Dispositionsfähigkeit bei der Vorladung.

95. Das Insinuationsdokument über die Vorladung ist vor der Insinuation an den Beklagten bei dem Stadtgericht zu präsentiren, damit dasselbe — wenn der Beklagte über sein Vermögen nicht dispositionsfähig ist — dieß auf dem Insinuationsdokumente bemerke, andernfalls dasselbe mit seinem Vidit versehe.

Beschl. des W.-Ger. vom 9. Jan. 1850.

96. Der klägerische Anwalt ist nicht eher vorzuladen, als bis durch das Visum des Stadtgerichts erhoben ist, daß hinsichtlich der Dispositionsfähigkeit des Beklagten die Erkennung des Wechselprozesses keinem Anstande unterliegt.

Beschl. des W.-Ger. vom 17. Okt. 1854.

Kap. VI. §. 5.

Duplicat der Vernehmlassung.

97. Wenn der Beklagte bei der mündlichen Verhand-

lung erscheint und seine Vernehmlassung vorträgt, so ist dieselbe von ihm in doppelter Ausfertigung zu den Akten zu geben.

Beschl. des W.-Ger. vom 9. Mai 1855.

Kap. VI. §. 13.

Eideszuschiebung.

98. Die Eideszuschiebung ist nur zulässig, wenn es sich von der Thatsache der Zahlung, nicht aber wenn es sich von der Frage handelt, ob die Zahlung auf die Wechselschuld, oder auf eine andere Schuldigkeit bezogen werden solle.

Erk. des W.-Ger. vom 8. Juni 1852 in S. statistisch-topographisches Bureau c. Köhler. cf. Nr. 68.

99. Die Einrede, daß mündlich ausgemacht gewesen sey, der Wechsel dürfe erst nach Erledigung eines Prozesses eingeklagt werden, kann durch Eideszuschiebung nicht erwiesen werden, und eignet sich daher in Ermangelung anderer Beweismittel zur Verweisung in die Widerklage.

Erk. des W.-Ger. vom 13. Juli 1858 in S. Heidenheimer c. Schmidlin. cf. Nr. 66.

100. Die Einrede der Wechselausstellerin, daß der Wechsel eine verschleierte Intercession einer Frauensperson enthalte, kann durch Eideszuschiebung nicht erwiesen werden und ist in Ermangelung liquider Beweismittel in die Widerklage zu verweisen.

Erk. des W.-Ger. vom 22. Juli 1853 in S. Benedict c. Kolb.

Kap. VI. §. 19.

Erkenntniß über Kostenersatz.

101. Durch die Verurtheilung des Beklagten in die Kosten des Wechselprozesses wird Rechtskraft erzeugt und es kann dieser Punkt nicht Gegenstand einer Widerklage werden.

Erk. des W.-Ger. vom 4. Juli 1854 in S. Burger c. v. Linden.
Erk. des Civils. des Obertr. vom 1. Dec. 1857 in S. Benedict c. Kolb.

Kap. VI. §. 20.

Deposition der Urtheilssumme wegen der Widerklage.

102. Die Bitte des Verurtheilten um Deposition der Urtheilssumme zur Sicherheit der in die Widerklage verwiesenen Einreden wird abgeschlagen, wenn er im Wechselverfahren seine Einreden nicht einmal bescheinigt hatte.

Erk. des W.-Ger. vom 11. Nov. 1857 in S. Rosenfeld c. Reis.

Kap. VI. §. 21.

Beweis der Einrede in continenti.

103. Der zum Beweis der Einrede im Gesetz nachgelassene eintägige Termin ist kein Fataltermin, sondern kann auf die übereinstimmenden Anträge der Parteien auch auf eine längere Frist (nächste Tagfahrt) erstreckt werden.[52]

Erk. des W.-Ger. vom 22. Jan. 1853 in S. Rall c. Rall.

104. Der Antrag des Beklagten auf Deposition der Urtheilssumme wegen der bevorstehenden Widerklage ist an obige Vorschrift wegen des Beweises in continenti nicht gebunden.

Dasselbe Erk.

105. Der Bitte um Bewilligung einer eintägigen Frist zum Beweise der Einrede des Vergleichs wurde nicht stattgegeben, weil der Beklagte gar nicht die Behauptung aufgestellt hatte, daß ein Vergleich abgeschlossen worden sey, sondern bloß die Möglichkeit geltend gemacht war, daß der Kläger einem abgeschlossenen Vergleich beigetreten sey.

Erk. des W.-Ger. vom 7. Febr. 1857 in S. Bonnet c. Ziegler.

Schriftliche Replik.

116. Wenn bei der mündlichen Verhandlung eine erschöpfende Erklärung des Klägers auf die Vernehmlassung

---

[52] Die entgegengesetzte Ansicht lag einer Entscheidung des Obertribunals v. 30. Mai 1849 in S. Hüttisheim c. Widmann zu Grund. K.

des Beklagten nicht zu erhalten ist, so wird demselben zur schriftlichen Replik ein kurzer Termin anberaumt.

Beschl. des W.-Ger. vom 18. Sept. 1849 in S. Springer c. Martz.

Beschl. des W.-Ger. vom 27. März 1855 in S. Stahl u. Federer c. Märklin.

107. Auf Einhaltung der präjudiziellen Fristen und gehörige Begründung der Fristgesuche ist in Wechselsachen streng zu halten und ein Verstoß der Partei hiergegen bewirkt Contumaz.

Erk. des W.-Ger. vom 4. Mai 1855 in S. Stahl u. Federer c. Märklin.

108. Bei der Einforderung einer schriftlichen Replik wird Zugeständniß des faktischen Vorbringens des Beklagten und Ausschluß mit weiterem Vorbringen angedroht.

Beschl. des W.-Ger. vom 9. März 1858 in S. Weiß c. Wall.

Beschl. des W.-Ger. vom 25. Juni 1858 in S. Heidenheimer c. Schmidlin.

Kap. VI. im Allgemeinen.

Kostenersatz-Streitigkeiten.

109. Zur Entscheidung eines Streits über Kostenersatz ist das Wechselgericht wegen Connexität zuständig, auch wenn der Streit in der Hauptsache ohne Fällung eines Erkenntnisses erledigt worden ist.

Beschl. des W.-Ger. vom 20. Juni 1856 in S. Aich c. Märklin.

Beschl. des W.-Ger. in pleno vom 6. Febr. 1857 in S. Beck c. Märklin.

110. In der Klagsache eines Anwalts gegen seine eigene Partei auf Bezahlung der dekretirten Kosten wird, wie bei Kostenprozessen außer dem Wechselverfahren, dem Beklagten aufgegeben, wenn er den Kläger nicht freiwillig befriedigen sollte, seine schriftliche Vernehmlassung durch einen bevollmächtigten Prokurator einzureichen.

Beschl. des W.-Ger. vom 26. März 1858 in S. Steudel c. Köhler.

111. Auf eine, nach erfolgter Sistirung der Hauptsache erhobene, Kostenersatzklage gegen den Beklagten wurde — weil um Exekution in die paratesten Mittel gebeten wor-

den war — Vorladung zur mündlichen Verhandlung erlassen.

Beschl. des W.-Ger. vom 14. April 1858 in S. Jung c. Metzger.

112. Zu einer Kostenersatzklage des klägerischen Anwalts gegen seine in Sigmaringen wohnende Partei ist das Wechselgericht nicht zuständig, weil der Jurisdiktionsvertrag mit Sigmaringen von 1827 den Gerichtsstand des Wohnsitzes allein anerkannt, sofern kein spezieller Gerichtsstand zutrifft, der Gerichtsstand des Zusammenhangs der Sache aber kein vom Jurisdiktionsvertrag anerkannter ist.

Erk. des des W.-Ger. vom 14. April 1858 in S. Nestle c. Lang.

Exekution der Kostenersatz-Forderung.

113. Zur Beschleunigung der Exekution der Kostenersatz-Ansprüche wird, wenn der klagende Prokurator sein Kostenverzeichniß in triplo vor der Erkenntnißfällung übergibt, das dekretirte Triplikat mit dem Erkenntniß zur Vollziehung der Exekution dem Stadtgericht zustellt.

Beschl. des W.-Ger. vom 7. Sept. 1852 in S. Sutter c. Köhler.

Ausfolge von Aktenstücken.

114. Ohne Vorwissen des Referenten sollen von der Registratur keine Aktenstücke den Parteien ausgefolgt werden.

Beschl. des W.-Ger. vom 25. März 1856.

115. Der Bitte des Klägers um Zurückgabe des Wechsels wird nur entsprochen, wenn kein Urtheil in der Sache ergangen ist. Wenn ein Urtheil ergangen ist, so geschieht dieß nur, wenn der Verurtheilte sich zuvor damit einverstanden erklärt hat. Für Zurückbehaltung einer Abschrift des Wechsels ist — wenn eine Verfügung auf die Wechselklage ergangen ist — jedenfalls zu sorgen.

Kap. VII. §. 1.

Stattgeben der Wechselklage.

Das Stattgeben der Wechselklage von Seiten des Beklagten macht ein Erkenntniß nicht überflüssig, weil ohne Erkenntniß eine wechselmäßige Exekution nicht zulässig ist.

Beschl. des W.-Ger. vom 5. Okt. 1855 in S. Gr. Scheler c. Benedict.

Beschl. des W.=Ger. vom 25. Juni 1858 in S. Schmid c. Vischer.

Entscheidungsgründe.

117. Auf Bitten einer Partei werden derselben Entscheidungsgründe zum Erkenntniß mitgetheilt.

Beschl. des W.=Ger. vom 27. Juni 1849 in S. Hüttisheim c. Widmann.

118. In dem schriftlich verhandelten Wechselprozesse werden Entscheidungsgründe ex officio der unterliegenden Partei mitgetheilt.

Beschl. des W.=Ger. vom 10. Juli 1855 in S. Gr. Scheler c. Benedict.

119. Wenn auf die mündliche Verhandlung, ohne weitere Einreichung eines Schriftsatzes, das Erkenntniß gefällt wird, und solches nicht auf klarer gesetzlicher Vorschrift beruht, so sind die Gründe kurz ins Protokoll aufzunehmen und — wenn eine Partei später um Mittheilung von Entscheidungsgründen bittet — ist ihr ein Auszug aus jenem Protokoll mitzutheilen.

Beschl. des W.=Ger. in pleno vom 13. Jan. 1857.

Exekutions=Regulativ.

120. Durch Erlaß des Wechselgerichts vom 4. Juli 1857 an das Stadtgericht wurden folgende Anordnungen getroffen:

„1) Das dem Stadtgericht zugekommene Wechsel=Erkenntniß ist spätestens am folgenden Tage nach dem Empfang dem Beklagten zu eröffnen.

2) Hierbei ist dem Beklagten eine höchstens dreitägige Frist anzuberaumen, um sich über Befriedigung des Gläubigers auszuweisen, unter der Bedrohung, daß im Versäumnißfall ohne Weiteres zur Hilfsvollstreckung geschritten werden würde.

3) Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist ist das Stadtschultheißenamt sofort mit Vornahme der Exekution zu beauftragen.

4) Dasselbe hat sogleich und spätestens am folgenden

Tage nach Empfang dieses Auftrags die Exekution in die paratesten Mittel des Schuldners zu verfügen.

5) Diese Exekution ist nach Maßgabe der Art. 30 und 31 des Exekutionsgesetzes von 1825 vorzunehmen.

6) Soviel insbesondere die Pfändung von beweglichem Vermögen betrifft, so ist der Verkauf desselben in möglichst kurzer Frist, ohne die auf dem Exekutionsamt stattfindenden regelmäßigen Verkäufe abzuwarten, zu bewerkstelligen.

Dabei wird dem Stadtgericht aufgegeben, in jedem einzelnen Fall durch einen Bericht der Ortsbehörde über die vollzogene Exekution sich von Handhabung der obigen Vorschriften zu vergewissern und nöthigenfalls mit Ordnungsstrafen einzuschreiten.

Im Fall Personalexekution gegen einen Wechselschuldner einzutreten hätte, behält man sich besondere Weisung bevor."

Verfahren bei Personal-Exekution.

121. Dem Stadtgericht wird aufgegeben, nach Eröffnung des Erkenntnisses an den Beklagten denselben sofort in Arrest zu nehmen und, wenn er sich in drei Tagen nicht über Befriedigung des Gläubigers ausweist, dem Kläger aufzugeben, neben Ersatz der seither aufgewendeten, einen entsprechenden Vorschuß für die ferner aufzuwendenden Arrestkosten zu leisten.

Beschl. des W.-Ger. vom 17. Dez. 1858 in S. Quack c. Metzger.

122. Die Bitte um Exekution zunächst in die paratesten Mittel und wenn diese nicht möglich seyn sollte, um Personal-Exekution hat keine eventuelle Weisung zur Vornahme der Personal-Exekution zur Folge, da eine solche einen unbedingten Antrag und das Erbieten zum Vorschuß der Arrestkosten voraussetzt.

Beschl. des W.-Ger. vom 22. Juni 1858 in S. Kelber c. Schwarz.

Vorläufige Beschlaglegung bei der Ladung.

123. Eine vorläufige Beschlagnahme von Effekten bei der Ladung ist nur, wenn eine causa arresti vorhanden ist, begründet.

Beschl. des W.-Ger. vom 28. Jan. 1857 in S. Heim c. Geiger.

Gleichzeitige Eröffnung der Erkenntnisse und anderer Ausfertigungen.

124. Aus Veranlassung einer Beschwerde über verspätete Eröffnung eines Erkenntnisses an eine Partei wurde die Anordnung getroffen, daß die beschlossenen Ausfertigungen alle zu gleicher Zeit insinuirt werden.

Beschl. des W.-Ger. vom 29. Juli 1853 in S. Benedict c. Kolb.

Kap. VII. §. 7.

Insolvenz des Wechselschuldners.

125. Durch Einleitung der Vermögensuntersuchung gegen einen Wechselschuldner wird das Wechselverfahren gegen denselben gehemmt.[53]

Beschl. des W.-Ger. vom 8. Jan. 1850 in S. Wagner c. Cailloud. cf. Nr. 58.

126. Gegen einen, zur Zeit der Acceptation im Gant befindlichen, Wechselschuldner ist der Wechselprozeß zulässig, wenn der Gant inzwischen durch Verweisung seine Erledigung erhalten hat.

Beschl. des W.-Ger. vom 13. April 1855 in S. Arledter c. Knoblich.

Kap. VII. §. 11 u. 12.

Sicherungsmittel gegen einen Fremden.

127. Der Antrag, einem ausländischen, auf der Messe anwesenden Wechselschuldner schon bei der Vorladung Kaution in judicio sisti u. judicatum solvi aufzuerlegen, ist zulässig, da gegen einen solchen selbst Personalarrest begründet wäre.

Auch der Umstand, daß der Kläger ein Fremder ist, ändert hieran nichts, da diesem nach §. 11 die gleichen Rechte, wie dem Unterthanen eingeräumt sind.

Beschl. des W.-Ger. vom 19. Dez. 1854 in S. Stöckenius c. Ehrlich.

---

[53] Vergl. Archiv f. W.-R. Bd. 6 S. 270, Bd. 7 S. 201 ff., Goldschmidt, Zeitschr. f. Handels-R. Bd. 2 S. 83 ff., Kletke, Präj. Bd. 1 S. 214 Nr. 542. K.

Kap. IX. §. 1.

Restitution gegen ein Erkenntniß des Wechselgerichts.

128. Gegen ein Erkenntniß des Wechselgerichts ist Restitution auf den Grund eines durch error advocati gebrauchten unrichtigen Ausdrucks in dem Parteivorbringen zulässig.

Erk. des W.-Ger. vom 26. Juli 1856 in S. Ziegler c. Kupfer.

Devolutive Rechtsmittel gegen ein Erkenntniß des Wechselgerichts.

129. Gegen ein Erkenntniß des Gerichtshofs in Wechselsachen ist eine Appellation oder Nichtigkeitsklage bei dem Obertribunal unzulässig.

Erk. des Civils. des Obertribunals vom 15. Aug. 1843 in S. Werner c. Maier.

Erk. des Civils. des Obertribunals vom 29. Okt. 1853 in S. Huber c. Ellinger.

Beschwerden in Wechselsachen.

130. Eine Beschwerde gegen Abschlagung der Wechselklage durch den Gerichtshof wegen Unzuständigkeit (gegen einen Ausländer) ist unstatthaft, weil auch keine außergerichtliche Beschwerde in Wechselsachen zulässig ist.

Beschl. des Civils. des Obertribunals vom 21. Nov. 1854 in S. Bantlin c. Kaulla.

131. Beschwerden gegen solche Verfügungen eines Gerichtshofs als Wechselgericht, welche nicht auf eine materielle Entscheidung Einfluß haben, wie eine Beschwerde darüber, daß ein Rechtskonsulent nicht zur mündlichen Verhandlung in einer Wechselsache zugelassen worden, sind vor dem Obertribunal als Obergericht, nicht als Wechselgericht, zulässig.

Beschl. des Civils. des Obertribunals vom 30. Mai 1854 in Beschwerdesachen des Rechtskons. Heß.

132. Eine Beschwerde gegen Kostendurchstriche eines Gerichtshofs als Wechselgerichts ist vor dem Obertribunal als Civilgericht zulässig.

Beschl. des Civils. des Obertribunals vom 8. Juli 1856 in Beschwerdesachen des Rechtskons. Benedict.

133. Eine Beschwerde gegen die von einem Gerichtshof ergangene Abweisung einer Kostenersatzklage des früheren Wechselklägers gegen den Wechselbeklagten ist vor dem Obertribunal zulässig, wenn die Wechselklage erledigt ist und im Kostenstreit nicht um wechselmäßiges Verfahren und Erkenntniß gebeten ist.

Beschl. des Civils. des Wechselgerichts vom 24. April 1858 in S. Oberdörfer c. Waiblen.

IV) Sportelgesetz vom 23. Juni 1828.

Art. 7.

Sportel nach dem Werth des eingeklagten Objekts.

134. Die Zinsen aus der eingeklagten Wechselsumme werden bis zum Tage der Einreichung der Bitte um Erkennung des Wechselprozesses gerechnet.

Beschl. des W.-Ger. vom 26. Aug. 1854 in S. Weiß c. Kaulla.

135. Die Provision, welche eingeklagt ward, wird gleichfalls besportelt.

Beschluß vom gleichen Tage.

Sportel-Maximum.

136. Für Wechselerkenntnisse ist, wie für sonstige Erkenntnisse erster Instanz, das Sportel-Maximum die Summe von 100 fl.

Erk. des W.-Ger. vom 10. Juli 1855 in S. v. Scheler c. Benedict.

Gradation der Sportel.

137. In Wechselsachen findet eine Gradation der Sportel bis auf 200 fl. resp. 1500 fl. wie bei sonstigen Urtheilen erster Instanz statt.

Erk. des W.-Ger. vom 7. Febr. 1857 in S. Bonnet c. Ziegler.

Inhalt.

Seite

I. Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

II. Fragmente.

Alphabetisches Sachregister.

Die Zahlen bezeichnen die Seiten.

A.

B.

E.

F.

G.

L.

M.

N.

O.

S.

T.

U.

V.

Z.

Druckfehler.

Seite	4	Linie	19 von oben lies Gerichts statt Gesichts.
„	37	„	19 „ „ „ beschritten statt bestritten.
„	142	„	14 „ „ ist nicht wegzustreichen.
„	175	„	8 „ unten lies kamen statt kommen.
„	233	„	21 „ oben lies 2) statt 1).
		„	28 „ „ „ 3) „ 2).
„	241	„	11 „ unten lies noch statt nach.
„	276	„	22 lies abweisendes statt abweichendes.
„	288	„	9 von oben lies erreichen statt erweisen.
„	312	„	2 von unten lies vorgebrachten statt angebrachten.
„	317	„	15 von oben lies in statt ein.
„	337	„	19 „ „ „ 1855 statt 1555.
„	341	„	5 „ „ „ kein statt ein.

Ankündigungen.

Die Versicherung auf Leibrenten

mit beschränkter Zeitdauer als Mittel zur Abfindung von Alimentationsansprüchen für uneheliche Kinder.

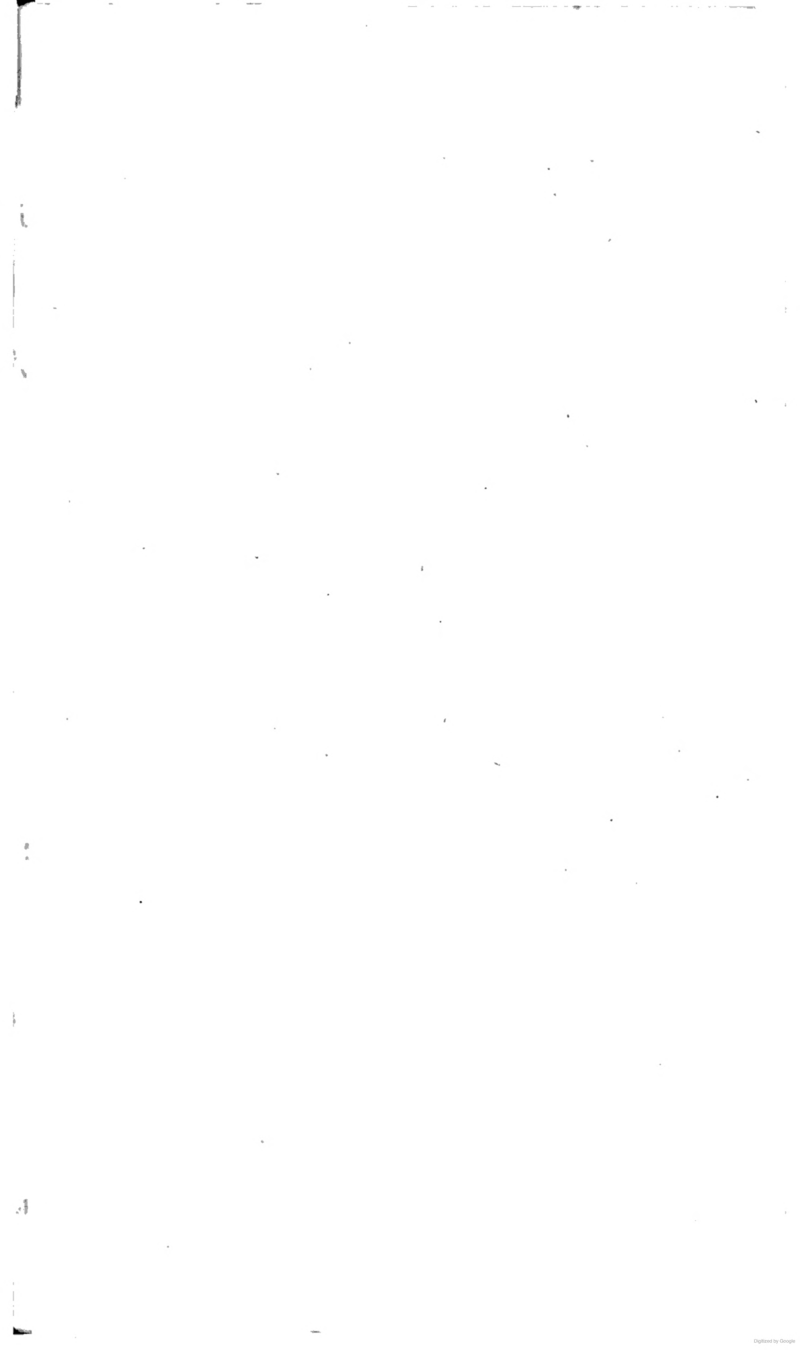
Jedem praktischen Juristen ist es bekannt, wie häufig der Vater eines unehelichen Kindes den dringendsten Wunsch hat, sich seiner Alimentationspflicht gegen letzteres durch eine einmalige Zahlung zu entledigen, daß aber die Erfüllung dieses Wunsches entweder an der gesetzlichen Vorschrift scheitert, vermöge welcher der Richter nicht auf eine einmalige Abfindungssumme, sondern nur auf die Bezahlung jährlicher Alimente erkennen darf.

In solchen Fällen wird die von der Allgemeinen Rentenanstalt zu Stuttgart eingeführte Versicherung auf Leibrenten mit beschränkter Zeitdauer manchem Alimentationspflichtigen ein willkommenes Auskunftsmittel seyn, um sich der auf ihm liegenden Last ein für alle Mal zu entledigen. Vermöge dieser Einrichtung kann beispielsweise einem Kinde, welches das erste Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat, durch die einmalige Bezahlung einer Summe von 215 fl. 50 kr. eine jährliche Rente von 25 fl. bis zum zurückgelegten 14. Lebensjahre, durch die einmalige Bezahlung von 255 fl. 40 kr. eine solche bis zum zurückgelegten 18. Lebensjahre gesichert werden. Außerdem hat das Kind nach der bisherigen Entwicklung unserer Anstalt begründete Aussicht auf den jährlichen Bezug einer Dividende von 10% der Rente, mithin von weiteren 2 fl. 30 kr.

Wir glauben im Interesse des Publikums zu handeln, wenn wir diese Einrichtung der Aufmerksamkeit der Herren Richter und Anwälte empfehlen.

Stuttgart, im Juli 1859.

Der Verwaltungsrath
der Allgemeinen Renten-Anstalt.




LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 102 954 189